Zur Lehre

von der

gesetzlichen und gewillkürten Form der Rechtsgeschäfte.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

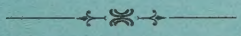
Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Leopold Frei,

Rechtspraktikant zu München.

Approbiert am 25. Januar 1906.



München 1906,

Druck von B. Heller, Herzog Max-Strasse 4.

Zur Lehre

von der

gesetzlichen und gewillkürten Form der Rechtsgeschäfte.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Leopold Frei,

Rechtspraktikant zu München.

Approbiert am 25. Januar 1906.

München 1906,

Druck von B. Heller, Herzog Max-Strasse 4.

Referent:
Herr Universitäts-Professor Dr. Sieber.

Seinem lieben Vater und dem Andenken seiner unvergesslichen Mutter

gewidmet

vom Verfasser.

Inhaltsübersicht.

I. Allgemeiner Teil:

§ 1. Formelle und formlose Rechtsgeschäfte.
§ 2. Wesen und Bedeutung der gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Form.
§ 3. Die Grenzen der Formwillkür.
§ 4. Vertretbarkeit der gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Form.
§ 5. Erfüllung.
§ 6. Form des Vorvertrags.
§ 7. Nebenberedungen.
§ 8. Tatsächliche Form.

II. Besonderer Teil:

§ 9. Die gesetzliche Schriftform.
§ 10. Die rechtsgeschäftliche Schriftform.
§ 11. Die übrigen Formen des B. G.-B. in ihrem Verhältnis zu den gleichartigen rechtsgeschäftlichen Formen.
§ 12. Gerichtliche und notarielle Beurkundung und Abschluss bei gleichzeitiger Anwesenheit.
§ 13. Die öffentliche Beglaubigung.

Literatur.

Völderndorf: Die Form der Rechtsgeschäfte.
Ihering: Geist des römischen Rechts. Bd. 2, 2. Aufl.
Savigny: System des heutigen römischen Rechts.
Savigny: Obligationenrecht. Bd. 2.
Regelsberger Zivilrechtliche Erörterungen I.
Regelsberger: Vorverhandlungen bei Verträgen.
Regelsberger: Pandekten I.
Dernburg: Pandekten.
Keller: Pandekten I.
Baron: Pandekten.
Arndts: Lehrbuch der Pandekten.
Bekker: System des heutigen Pandektenrechts II.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts.
Gierke: Deutsches Privatrecht.
Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. 1 u. 2.
Gerber: System des deutschen Privatrechts.
Rot: Bayerisches Landeszivilrecht. 2. Teil besorgt von Becher.
Becher: Das rechtsrheinische bayerische Landeszivilrecht und Landeszivilprozessrecht unter Berücksichtigung der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Brunner: Geschichte der deutschen Privaturkunde.
Setzer: Abhandlungen aus dem Zivilrecht. Bremen 1860.
Endemann: Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 2.
Bechmann: Der Kauf. Bd. II., 1.
Degenkolb: Der Begriff des Vorvertrags.
Unger: System des österreichischen Privatrechts.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 3.
Uranitsch: Die Formverfügung bei Rechtsgeschäften, in der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung. 1890.
Die Entwürfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
Motive zum ersten Entwurf. Bd. 1—5.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1—V.
Denkschrift zur Reichstagsvorlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Scherer: Die Gesetzgebung des Deutschen Reichs mit Erläuterungen. Bd. 6.
Gierke: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
Zitelmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Zitelmann: Die Rechtsgeschäfte im Entwurf I.
Jakubetzky: Bemerkungen zu dem Entwurf I. des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
Eck: Sammlung von Vorträgen über den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der dem Reichstag gemachten Vorlage. 1. Heft.
Meisner: Das preussische Allgemeine Landrecht und der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
Meisner: Kritische Bemerkungen.
Bähr: Gegenentwurf.
Bähr: Zur Beurteilung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
Bähr: Urteile des Reichsgerichts mit Bemerkungen.
Bähr: Der Urkundenbeweis in Iherings Jahrbuch, Bd. XIV.
Rotmann: Die Form der Rechtsgeschäfte im bürgerlichen Recht. Diss. 1903.
Loewe: Die Form der Rechtsgeschäfte im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. 1899.
Meyer: Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion.
Degenkolb im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 71, S. 159 ff.
Hölder im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 73, S. 88 ff.
Rudloff im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 73, S. 234 ff.
Goeppert in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 14, S. 400 ff.
Dronke in der Zeitschrift für Zivilprozess. Bd. 30, S. 47 ff.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz.
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse.
Rehbein: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil.
Hölder: Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Gareis: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch.
Hellmann: Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Allgemeiner Teil.
Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl.
Müller-Meikel: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. 2. Aufl.
Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht.
Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Weyl: Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch I.
Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens.
Struckmann-Koch: Die Zivilprozessordnung.
Seuffert: Kommentar zur Zivilprozessordnung.
Gaupp-Stein: Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich.
Kommissionsbericht zur Zivilprozessnovelle. 1898.
Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 7. Herausgegeben von Hahn-Mugdan.
Schneider: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Schultze-Görlitz: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Mit den Materialien. Berlin, Carl Heymanns Verlag.
Dorner: Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Fuchs: Kommentar zum Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Rausnitz: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Birkenbihl: Die freiwillige Gerichtsbarkeit.
Stinzing: Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse.
Achilles-Strecker: Die Grundbuchordnung nebst den preussischen Ausführungsbestimmungen.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und preussischen Ausführungsbestimmungen.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Kisch in Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht. Bd. 29, S. 347 ff.

Berger in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 45, S. 207 f.
Klöppel in Gruchot. Bd. 32, S. 638 ff.
Kranz in Gruchot. Bd. 36, S. 57 ff.
Brückner im „Recht". 1900. S. 342.
Eccius in den Beiträgen des deutschen Rechts. Bd. 28, S. 273 ff.
Nussbaum im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 21, S. 1 f.
Deutsche Juristenzeitung. Jahrgang 1898, 1902, 1903.
Das Recht. Bd. 5, 6.
Schlossmann in Iherings Jahrbüchern f. d. Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 45, S. 91 ff.
Adler in den Jahrbüchern f. d. Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 31, S. 190 ff.
Paul im sächs. Archiv f. bürgerl. Recht und Prozess. Ergänzungsband zu Bd. 8—10.
Wolff im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 88.
Tröltsch: Über den Prozessvergleich im geltenden Recht. 1893.
Kretschmar: Der Vergleich im Prozesse. 1896.

I. Allgemeiner Teil.

§ 1. Formelle und formlose Rechtsgeschäfte.

Alle Rechtsgeschäfte erfordern einen rechtlichen Willen und eine Form, in welcher der Wille in die Erscheinung tritt. Wenn nun die Rechtswissenschaft trotzdem von formbedürftigen und formlosen Rechtsgeschäften spricht, so versteht sie unter den letzteren nicht solche, die überhaupt jeder Form entbehren, sondern solche, bei denen der Erklärende freie Wahl hinsichtlich des Ausdrucksmittels für seine Willenserklärung hat. Ist dagegen der Erklärende bei Vermeidung der Ungiltigkeit oder wenigstens einer Einbusse der zivilrechtlichen Wirksamkeit des Geschäfts an die Wahl eines bestimmten Erklärungsmittels gebunden, so liegt im Sinne der Rechtswissenschaft ein formelles Rechtsgeschäft vor.

Den Ausschlag für die Unterscheidung von formellen und formlosen Rechtsgeschäften gibt das Vorhandensein oder Fehlen des rechtlichen Zwangs zur Anwendung des Äusserungsmittels[1]), der sich in der Androhung der Nichtigkeit für den Fall eines Verstosses gegen die Formvorschrift äussert.

Dieser rechtliche Zwang beruht bald auf gesetzlicher Vorschrift, bald auf der Willkür der Parteien. Er entfällt auch dann nicht, wenn das Gesetz für ein Rechtsgeschäft mehrere Formen zulässt. Hier ist die Partei zur Erfüllung einer der mehreren Formen verpflichtet, sie genügt aber dem Willen des Gesetzes auch, wenn sie eine andere von den mehreren zugelassenen Formen erfüllt. Insofern und nur insoweit haben die gesetzlich-alternativen Formvorschriften eine Verwandtschaft mit den Fällen der Alternativobligation, bei denen eine Mehrheit von Leistungen geschuldet wird, der Schuldner aber nur eine einzige Leistung zu machen braucht. Auf die im übrigen wesentlichen Verschiedenheiten zwischen der Alternativobligation und der gesetzlich-alternativen Formvorschrift kann als nicht in den Rahmen dieser Arbeit fallend nicht weiter eingegangen werden.

---

[1]) Ihering, Geist des römischen Rechts. Tl. II., Abt. 2, S. 460.

Nur durch rechtlichen Zwang also, nicht schon durch zufällige, rechtlich nicht erforderliche oder gewollte Umständlichkeit und Feierlichkeit wird ein Rechtsgeschäft zu einem formellen.

Auch die Art des Äusserungsmittels ist für die Unterscheidung unwesentlich: eine vor Zeugen abgegebene schriftliche Erklärung ist rechtlich formlos, wenn die Schrift nur tatsächlich angewendet wurde, die Zeugen nur zufällig bei der Errichtung anwesend waren, die bloss mündlichen Erklärungen sind dagegen formell, sofern gerade diese Form, gerade diese Worte vom Gesetze gefordert werden[1]). „Es entscheidet also nicht das äussere Gepränge, sondern der innere Charakter der Form, d. h. ihre rechtliche Notwendigkeit." (Ihering a. a. O., S. 460.)

Von den Formen sind diejenigen Akte zu sondern, die scheinbar Formcharakter an sich tragen, in Wirklichkeit aber etwas anderes oder mehr als blosse Form sind. So darf man das Erfordernis der Übergabe beweglicher Sachen bei Übertragung oder Begründung dinglicher Rechte an ihnen mindestens nicht immer unter die gesetzlichen Formen zählen[2]). Der Akt der Übergabe beruht oft auf innerer Notwendigkeit, er ist Herstellung des äusseren Zustands, ohne den die gewollte Rechtswirkung tatsächlich nicht eintreten kann, z. B. bei allen Verträgen auf Rückgabe. Dagegen können wir uns wohl vorstellen, dass verschiedene Gesetze für das nämliche Rechtsgeschäft verschiedene Formen verlangen[3]), und diese Tatsache beleuchtet das Wesen der Form im Gegensatze zu dem der oben bezeichneten Akte besonders scharf, das darin besteht, dass die vom Recht gesetzte Notwendigkeit der Form keine innere, sondern eine äussere, positive ist, wenn sie auch das Ergebnis vernünftiger Überlegung oder historischer Entwickelung sein mag.

Die Eintragungen in das Grundbuch (§ 873) sind etwas anderes als Form von Rechtsgeschäften, sie sind selbständiges Mittel zur Herbeiführung eines rechtlichen Erfolgs, ebenso das Erfordernis staatlicher Genehmigung in den §§ 80, 795 und der Bestätigung durch das zuständige Gericht in den §§ 1740, 1770 B. G.-B.[4]).

In den ältesten Rechten vollzogen sich alle wichtigeren Rechtsgeschäfte in gesetzlicher Form[5]). Feierliche Handlungen, Zeichen und

[1]) Vgl. die stipulatio.
[2]) A. M. Crome, System. Bd. I., S. 386.
[3]) So bedurfte die Schenkungserklärung bei Schenkungen im Werte von mehr als 500 Dukaten nach gemeinem Rechte (Windscheid, 5. Auflage, Bd. II., S. 389) und nach bayr. Landrecht von 1756, Tl. III., Kap. 8, § 7 gerichtlicher Insinuation, nach österreichischem Gesetzbuch von 1811, Tl. I. Tit. 11, § 1063 bedurfte der Schenkungsvertrag schriftlicher Urkunde, nach dem Code Napoléon, Art. 931 notarieller Fertigung.
[4]) Riezler, § 125 I. 3; Unger, System des österr. Privatrechts, Bd. II., § 86, Anm. 4; Hellmann, Vorträge, S. 82; Regelsberger Pandekten I., S. 494 f. Andrer Meinung Rehbein zu § 125 III. Abs. 1. Die Motive Bd. 1, S. 187, enthalten sich einer Entscheidung. Siehe auch Ihering, S. 461.
[5]) Ihering, S. 335, 533 f.

Worte beherrschten das Recht. Das Feld, auf dem die Parteien eine Form hätten wählen können, war ursprünglich sehr eng begrenzt. Erst der von den Tendenzen eines weitverzweigten, reichen Verkehrs getragenen Rechtsentwicklung, ferner der Rücksicht auf den Kredit und die öffentliche Meinung verdanken die formlos bindenden Rechtsgeschäfte und damit die durch Formberedung formell gewordenen Rechtsgeschäfte ihre allgemeinere Einführung[1]). Während so das älteste deutsche und römische Recht im wesentlichen auf dem Boden des Formalismus stand, nahm die Formlosigkeit mit dem sich entwickelnden Rechtsleben immer mehr überhand, bis sie schliesslich die Rechtsgeschäfte grundsätzlich beherrschte.

Entgegen dem Prinzipe der ältesten Rechte, aber in Übereinstimmung mit dem gemeinen Rechte[2]) ist auch das B. G.-B. von dem Grundsatze der Formlosigkeit der Rechtsgeschäfte ausgegangen. Zwar ging die Bestimmung des E. I. § 91, dass für ein Rechtsgeschäft eine besondere Form nur dann erforderlich ist, wenn eine solche durch Gesetz oder Rechtsgeschäft vorgeschrieben ist, nicht in das Gesetz über, da sie nicht einen Rechtssatz sondern ein legislativ-politisches Prinzip aussprach, das sich zum Ausspruche im Gesetze nicht eignet[3]), sachlich steht aber trotz des Wegfalls jener Bestimmung das Gesetzbuch auf dem Standpunkte grundsätzlicher Formfreiheit der Rechtsgeschäfte. Den Parteien ist damit ein weiter Spielraum für Formverfügungen gegeben.

§ 2. Wesen und Bedeutung der gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Form.

Welche Bedeutung kam dem gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Formenzwange früher zu, welche ist ihm nach heutigem Rechte beizulegen?

Das Gesetz kann die Beweisbarkeit, Klagbarkeit oder Giltigkeit von der Beobachtung der Form abhängig machen.

Sind die gesetzlichen Vorschriften lediglich um der Beweisbarkeit willen vorhanden, wie in Art. 1341 f. code civil, so wird weder die Giltigkeit des Rechtsgeschäfts noch seine Klagbarkeit durch den Formmangel berührt. Die Partei erleidet lediglich im Prozesse Nachteile.

---

[1]) Über die Entwickelung im einzelnen vgl. Dernburg, Pandekten II. § 7; Stobbe, 2. Aufl., Bd. III., § 165.

[2]) Dernburg a. a. O., § 97; Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, § 65, Anm. 2; Stobbe III. § 217. Der Grundsatz der Formfreiheit hat ferner Anerkennung gefunden im sächs. G.-B. §§ 100, 821; bayr. Entw., Tl. I., Art. 14; hess. Entw. Abtl. IV., Art. 78; österr. G.-B. § 883; schweiz. Gesetz ü. d. Oblig.-R. Art. 9; im alten H. G.-B. Art. 317. Das preuss. A. L.-R. I. 4 § 94, I. 5 § 109 fordert in sehr zahlreichen Fällen die Form.

[3]) Prot. d. Komm. f. d. 2. Lesung, S. 87 f.

Im Gegensatze hiezu bildet nach den im Teil I., Tit. 5, §§ 131, 155, 156 des preussischen A. L.-R. enthaltenen allgemeinen Vorschriften und der Spezialvorschrift des § 943 des allgem. österr. B. G.-B. die Schriftform eine Voraussetzung der Klagbarkeit, wobei aber die Giltigkeit des formlosen Vertrags ausser Frage stand.

Im gemeinen Rechte hing von der Beobachtung der gesetzlichen Formvorschrift die Giltigkeit[1]) des Rechtsgeschäfts ab.

Auch nach dem B. G.-B. ist ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form mangelt, nichtig (§ 125, Satz 1). Darnach bedeutet die Erfüllung der Form eine wesentliche Voraussetzung für die Giltigkeit des Rechtsgeschäfts[2]). Dieses gilt vor Vollendung der Form als nicht geschlossen und ist bezüglich der beabsichtigten Wirkungen als nicht geschlossen zu behandeln.

Dieser Grundsatz ist von folgenden Ausnahmen durchbrochen:

1. Das Gesetz kann bei Regelung eines bestimmten Rechtsverhältnisses anordnen, dass der Mangel der gesetzlichen Form nicht Nichtigkeit, sondern eine beschränkte Wirksamkeit zur Folge habe. Dies geschah z. B. in § 566 B. G.-B.
2. Das Gesetz kann bestimmen, dass der Formmangel durch Erfüllung geheilt werde. So ersetzt nach § 766 die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit durch den Bürgen den Mangel der Schriftform der Bürgschaftserklärung.
3. Das Gesetz kann eine Formvorschrift in dem Sinne als nicht wesentlich bezeichnen, dass ihre Nichtberücksichtigung auf die Giltigkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts keinen Einfluss hat. Eine Ehe ist z. B. giltig trotz Verletzung der in den §§ 1316, 1318 gegebenen Formvorschriften. Ja, selbst ein Verstoss gegen den eine wesentliche Formvorschrift enthaltenden § 1317 führt dazu, dass die unter Verletzung dieser Bestimmung geschlossene Ehe als von Anfang an giltig anzusehen ist, wenn die in § 1324, Abs. 2, bezeichneten Voraussetzungen erfüllt sind. Nicht wesentlich ist auch die Protokollierung für die Auflassung[3]).
4. Der Grundsatz des § 125 B. G.-B. gilt gegenüber älteren Reichsgesetzen nur als subsidiäre Bestimmung. Zunächst ist die Bedeutung der Formvorschriften älterer Reichsgesetze aus dem betreffenden Gesetze festzustellen. Nur wenn dieses Zweifel lässt, gilt § 125 B. G.-B.[4]). Für künftige Reichsgesetze enthält § 125 eine Auslegungsregel[5]).

[1]) Windscheid, Pandekten II., § 312; Unger II., § 86.
[2]) Mot. I., S. 181.
[3]) Planck, Anm 4 b, Abs. 2 zu § 873; Achilles-Strecker, Anm. 3 zu § 1 G.-B.-O., S. 144 a. E. Dronke i. d. Zeitschr. f. Ziv.-Proz., Bd. XXX., S. 47 f., IV.
[4]) Hölder zu § 125.
[5]) Gareis zu § 125, Mot. I., S. 181.

Von der gewillkürten Form, die entweder rechtsgeschäftliche oder nur tatsächlich angewendete[1]) ist, soll zunächst nur die erstere Berücksichtigung finden.

Während die Bedeutung der gesetzlichen Formvorschrift im heutigen bürgerlichen Rechte für alle Fälle feststeht, ist bei der rechtsgeschäftlichen Form in jedem einzelnen Falle nach der ihr von den Parteien zugewiesen Bedeutung zu fragen.

Es sind vier Arten der Bedeutung rechtsgeschäftlicher Form denkbar.

Von der Erfüllung der Form kann die Giltigkeit des Geschäfts abhängen. Dies ist nach dem B. G.-B. der Fall, wenn nicht aus den Umständen eine andere Absicht der Parteien erhellt (§ 125, Satz 2). Gegenüber der Normierung, welche die rechtsgeschäftliche Form im sächsischen Gesetzbuche, § 823, gefunden hat — darnach bezwecken die Parteien nur die Erlangung eines Beweismittels — scheint die des B. G.-B. den Vorzug zu verdienen, da es für den Fall, dass Zweifel über die Bedeutung der Formberedung bestehen, dem vermutlichen Willen der Parteien entspricht, dass die Form Voraussetzung der Giltigkeit sein soll.

Möglich ist zweitens, dass die Beteiligten sich durch die Form ein blosses Beweismittel haben verschaffen wollen. Sie machen hier nicht die Giltigkeit von der Form abhängig. Dies wird gewöhnlich zutreffen, wenn sie nach Vollendung des formlosen Geschäfts dessen schriftliche Fixierung vereinbaren. Dass diese leichtere Wirkung der Form gewollt sei, ist von demjenigen nachzuweisen, der sich auf diese Bedeutung der Form beruft (§ 125, Satz 2).

Die dritte Möglichkeit besteht darin, dass die Parteien in formlosem Vorvertrage verpflichtet haben, das Geschäft demnächst formell abzuschliessen. Mit der ersten Formbedeutung hat dieser Fall die Eigenschaft der Form als Giltigkeitserfordernis für das Hauptgeschäft gemeinsam, während der Unterschied darin besteht, dass hier die Parteien schon vor der Formbeachtung zum künftigen Abschlusse verbunden sind, im ersten Falle dagegen nicht.

Endlich kann viertens, wenn auch selten, nicht die Giltigkeit, wohl aber die Klagbarkeit des Geschäfts durch die Formerfüllung bedingt sein. Auch dies ist besonders zu beweisen. Die Vermutung des § 125 B. G.-B. spricht dagegen.

Da sich die Parteien gewöhnlich nicht über die Bedeutung der rechtsgeschäftlichen Form aussprechen, kann Streit über diese entstehen, was bei der gesetzlichen Form ausgeschlossen ist. Der Richter hat bei einem solchen Streite unter Berücksichtigung aller besonderen Umstände des Falles den wahren Parteiwillen zu erforschen.

[1]) Über diesen Gegensatz siehe § 8.

Es mag an dieser Stelle bemerkt werden, dass die Bestimmung der Form durch Rechtsgeschäft[1]), also durch Vertrag, Vereinsstatut einerseits, durch einseitiges Rechtsgeschäft z. B. letztwillige Verfügung, Antrag andrerseits erfolgen kann, und dass nicht jeder Unbeteiligte die Formverfügung zu treffen imstande ist, sondern nur derjenige, welcher über die durch das künftig formelle Geschäft herbeizuführende Wirkung verfügen kann.

Aus der Verschiedenheit der Bedeutung und des rechtlichen Wesens der gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Form ergeben sich juristische Folgerungen, von denen unten zu handeln sein wird. Eine mehr äusserliche Folge besteht darin, dass die gesetzliche Formvorschrift ein selbständiges, von dem konkreten Geschäfte losgelöstes Dasein führt. „Sie geht nicht hervor und fällt nicht zusammen aus und mit diesem einzelnen Rechtsgeschäfte, sondern sie tritt von aussen als etwas Fremdes, bereits Vorhandenes, Gegebenes, Selbständiges mit dem Anspruche auf unbedingte Beobachtung an das Geschäft heran, und die Bildung des letzteren erfolgt durch eine Kombination zweier separater Elemente: des konkreten Inhalts und der ein für allemal bestimmten Form" (Ihering, S. 461). Dagegen besteht die rechtsgeschäftliche Formverfügung nicht von vornherein als etwas selbständiges, als allgemeiner Befehl, und wird gewöhnlich mit Vollendung des Rechtsgeschäfts gegenstandslos, es sei denn, dass sie nicht nur für ein einziges, sondern für eine ganze Reihe von unter den Parteien künftig abzuschliessenden Rechtsgeschäften bestimmt ist.

§ 3. Die Grenzen der Formverfügung.

Bevor wir in eine Betrachtung der Folgen eintreten, die sich aus der Verschiedenheit der gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Form ergeben, sehen wir uns vor die Aufgabe gestellt, das Feld abzustecken, innerhalb dessen sich die Formwillkür bewegen kann.

Zunächst steht fest, dass dasjenige Gebiet Domäne des rechtsgeschäftlichen Formzwangs ist, für welches das Gesetz keine Form vorgeschrieben hat, oder hat vorschreiben können.

Ob und wieweit nämlich die Landesgesetze Formvorschriften erlassen können, bestimmt sich nach den Vorschriften des Einführungsgesetzes zum B. G.-B.

---

[1]) Der E. I. § 94 Abs. 2 liess sie nur „durch Vereinbarung der Vertragschliessenden" zu. — Hölder zu § 125; Zitelmann I. S. 183; Gareis I. S. 100. Uranitsch, die Formverfügung bei Rechtsgeschäften, i. d. allgem. österr. Gerichtszeitung, Jahrg. 1890. — Zu eng Riezler zu § 125, der Formberedungen nur durch Vertrag und letztwillige Verfügung zulässt.

Grundsätzlich treten die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze ausser Kraft, soweit nicht im B. G.-B. oder im E.-G. ein anderes bestimmt ist (Art. 55 E.-G. z. B. G.-B.). Ausnahmen von diesem in Art. 55 ausgesprochenem Kodifikationsprinzip finden sich in den Vorbehaltsbestimmungen des E.-G., die nach Art. 3 E.-G. die Bedeutung haben, dass die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften im Rahmen des Vorbehalts in Kraft bleiben und neue erlassen werden können. Es ist unter Berücksichtigung der im E.-G. z. B. G.-B. vorgenommenen Scheidung von Vorbehalten ganzer Rechtsmaterien (Art. 59—76) und solchen beschränkteren Inhalts (Art. 77—152)[1]) zu sagen: Soweit allgemeine Vorbehalte der ersteren Art bestehen, müssen die allgemeinen Formvorschriften des B. G.-B. den landesgesetzlichen weichen, soweit bleiben die den Aufbau einer Formart regelnden landesgesetzlichen Formvorschriften erhalten und können neue künftig erlassen werden. Haben dagegen die Landesgesetze von den allgemeinen Vorbehalten hinsichtlich der Erlassung allgemeiner Formvorschriften keinen Gebrauch gemacht, oder fehlt ein solcher allgemeiner Vorbehalt im E.-G., so kommen die Vorschriften des B. G.-B. als ergänzende Normen in Betracht.

Dass die Landesgesetze im Rahmen der Vorbehalte für bestimmte Rechtsgeschäfte eine Form vorschreiben können, erscheint selbstverständlich.

I. Soweit reichsgesetzliche Formvorschriften bestehen oder landesgesetzliche zu Recht erlassen sind, entfällt zwar die Formverfügung der Parteien nicht völlig, es sind ihr jedoch Schranken gesetzt.

A. Es ist von vornherein sicher, dass die gesetzlichen Formvorschriften vermöge ihrer zwingenden Natur eine Erleichterung durch Parteiwillkür nicht ertragen. Solange nicht alle Formerfordernisse des Gesetzes erfüllt sind, ist Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts die Folge. Eine Ehe ist z. B. nicht geschlossen, wenn der Standesbeamte stirbt, ehe beide Verlobten ihre Erklärungen abgegeben haben. Können zwar die gesetzlichen Formvorschriften nicht von den Beteiligten mit der Wirkung erleichtert werden, dass trotz der Nichterfüllung der Form bis auf ihren letzten Bestandteil das ganze Geschäft giltig ist, so kann doch das Gesetz selbst die Möglichkeit einer Erleichterung gesetzlicher Form bieten. Ob der Gesetzgeber in erster Linie die Absicht hatte, den Parteien die Formerleichterungsmöglichkeit einzuräumen, ist in diesem Zusammenhange wohl gleichgiltig.

a) Art. 11 E.-G. z. B. G.-B., Abs. 1 Satz 2, gewährt die Erleichterung gesetzlicher Formvorschriften. Nehmen die Parteien ein nach

[1]) Plank, E.-G. z. B. G.-B., Vorbem. 7 zu Art. 55.

deutschem Gesetze formbedürftiges Rechtsgeschäft an einem Orte vor, dessen Gesetz für dasselbe Rechtsgeschäft keine oder nur eine leichtere Form als das deutsche Recht vorschreibt, so ist dieses im Auslande vorgenommene Rechtsgeschäft als giltiges zu behandeln, wenn die Gesetze des Orts, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, beobachtet sind; dies selbst dann, wenn die Absicht der Parteien, der deutschen Formvorschrift aus dem Wege zu gehen, offenkundig sein sollte. Es liegt kein agere in fraudem legis vor, da Art. 11 E.-G. z. B. G.-B. die Beobachtung des Gesetzes desjenigen Orts unbedingt für genügend erklärt, an dem das Geschäft vorgenommen wird. Dagegen würde es der zwingenden Natur der gesetzlichen Formvorschriften widersprechen, wollte man den im Inlande weilenden Beteiligten das Recht einräumen, für ein gesetztich-formelles Geschäft die Geltung eines ausländischen Gesetzes zu vereinbaren, welches für jenes keine oder fremdgeartete oder nur leichtere Formvorschriften erlassen hat als das inländische Gesetz.

Auch für das Wechselrecht gilt der Satz locus regit actum als Regel (Art. 85 W.-O. S. 1). Wurde jedoch bei einem im Auslande vorgenommenen wechselrechtlichen Geschäfte den ausländischen Formalien nicht entsprochen, wohl aber den inländischen, so kann daraus, dass das Geschäft nach ausländischem Gesetze formell mangelhaft ist, kein Einwand gegen die Rechtsverbindlichkeit der später im Inlande auf den Wechsel gesetzten Erklärungen entnommen werden. Ferner haben, wenn sich ein Inländer einem anderen Inländer im Ausland wechselmässig verpflichtet, derartige Erklärungen wechselrechtliche Giltigkeit, auch wenn sie nur den Formerfordernissen des Inlands entsprechen. Diese zweite Ausnahme von dem Satze locus regit actum besteht zu Gunsten der im Ausland befindlichen unter sich kontrahierenden Inländer, weil angenommen wird, dass sie das inländische Recht auch im Auslande anwenden wollten (W.-O., Art. 85 Satz 2 u. 3).

b) Ein weiteres Beispiel gesetzlicher Formerleichterung gegenüber gesetzlichen Formvorschriften haben wir in den Bestimmungen, welche die Z.-P.-O. für die Beurkundung des Vergleichs gegeben hat. Der Prozessvergleich hat die Doppelnatur eines zivilprozessualen Akts[1]) und eines zivilistischen Rechtsgeschäfts, wenigstens[2]) soweit er gegen-

[1]) Er bleibt Prozessakt, auch wenn er vor dem mit Abhaltung eines Sühnetermins beauftragten oder ersuchten Richter geschlossen wird, selbst wenn der Auftrag oder das Ersuchen sich auf andere Rechtshandlungen erstreckte (Mot. z. Z.-P.-O. S. 210; Struckmann-Ko h, Anm. 2 zu § 296 Z.-P.-O.), er bleibt es nach der positivrechtlichen Normierung, auch wenn die nach § 50) Z.-P.-O. ohne Ladung nnd Terminsbestimmung vor dem Amtsgerichte erscheinenden Parteien sofort nach mündlicher Klageerhebung den Vergleich schliessen (R.-G. Bd. 48, S. 183 f.; Gaupp-Stein zu § 794). Eccius nimmt dagegen unrichtig für den letzten Fall einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit an (Beitr. Bd. 28, S. 273).

[2]) Nach der wohl richtigen, herrschenden Ansicht, die den Sprachgebrauch und die Motive zur Z.-P.-O., S. 418, für sich haben, ist der Prozessvergleich immer auch materiellrechtlicher Vergleich, d. h. es muss ein gegenseitiges Nachgeben bei seinem Abschlusse

seitiges Nachgeben enthält, also zugleich auch materiellrechtlicher Vergleich ist. Seine Form in der Eigenschaft als Prozessakt ist durch die Z.-P.-O. bestimmt. Wie alle Prozesshandlungen hat auch der Vergleich die Form mündlicher Erklärung vor dem Prozessgerichte[3]). Diese ist die Voraussetzung seiner Wirksamkeit, wenn die in ihm enthaltenen Willenserklärungen formlose Rechtsgeschäfte betreffen. Vollstreckungstitel dagegen (§ 794 Nr. 1 u. 2 Z.-P.-O.) ist nur der Vergleich, welcher als zivilprozessualer Akt nach den Vorschriften der Z.-P.-O. protokolliert ist (Z.-P.-O. § 159 ff.). Die den Streitgerichten eingeräumte Befugnis zur Beurkundung von Vergleichen wurde durch Art. 32 E.-G. z. B. G.-B. aufrecht erhalten und wollte durch das G.-F.-G. nicht berührt werden[4]). Es folgt also die Beurkundung eines Vergleichs vor den Prozessgerichten ausschliesslich den Vorschriften der Z.-P.-O. Darnach aber fordert die Beurkundung eines vor Gericht abgeschlossenen Vergleichs[5]) nicht die Unterzeichnung durch die Parteien, dies auch dann nicht, wenn das den Gegenstand des Vergleichs bildende Rechtsgeschäft nach bürgerlichem Rechte der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, der öffentlichen Beglaubigung, oder der einfachen Schriftform und damit auch der Unterschrift oder des sie ersetzenden beglaubigten Handzeichens bedarf.

Die Z.-P.-O. räumt also den sich vergleichenden Parteien die Befugnis zur Erleichterung der gesetzlichen Beurkundungsformen des B. G.-B. ein. Diese sind durch die zivilprozessuale Beurkundung erfüllt, ohne dass die Parteien auch nur einen Federstrich zu machen hätten.

Diese Erleichterung bezieht sich aber nur auf die Urkundform, nicht aber auf andere Formerfordernisse des verglichenen Rechtsgeschäfts. Dorner und Birkenbihl[6]) halten ohne weitere Begrün-

---

stattfinden. Vgl R.-G. 20 S. 415, 37 S. 416 f.; Tröltsch „Über den Prozessvergleich im geltenden Recht", S. 12; Wolff „Der Prozessvergleich im geltende: Recht" im Arch. f. d. ziv. Pr., Bd. 88 S. 163; Kretschmar „Der Vergleich im Prozesse", S. 74; Gaupp-Stein S. 505 I. 1, 506; Seuffert 1903, Bd. II., S. 434. Dagegen besonders Paul im sächs. Arch. f. b. R. u. Pr., Ergänzungsband zu Bd. 8—10, S. 40 f., wonach für den Begriff des Prozessvergleichs sein Inhalt gleichgiltig bleibt, besonders ein gegenseitiges Nachgeben, die Entgeltlichkeit des Vertrags nicht erforderlich ist.

[3]) Gaupp-Stein a. a. O.; Seufert § 794, Anm. 2 e.

[4]) Denkschr. z. Entw. e. G. ü. Angelegenh. d. freiw. Gerichtsbkt., S. 86; Kom.-Ber. z. Ziv.-P.-Nov. v. 1898, S. 65 f. Da nicht die Bestimmungen des G.-F.-G. massgebend sind, gelten nicht dessen Vorschriften, sondern die des G. V.-G., § 187 f. Auch sind die Zuständigkeitsvorschriften des G.-F.-G. für die Vergleichsbeurkundung der Prozessgerichte nicht einschlägig. Insbesondere beziehen sich die auf Grund des Vorbehalts in Art. 141 E.-G. z B. G.-B. erlassenen landesgesetzlichen Bestimmungen, wonach für die Beurkundung gerichtlicher oder notarieller Form bedürftiger Rechtsgeschäfte entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sein sollen, nur auf die im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorzunehmende Beurkundung, nicht aber auf die der Prozessgerichte. Seuffert; Gaupp-Stein a. a. O.; Dronke a. a. O.; R.-G. Bd. 48 S. 183 f. Andrer Meinung Dorner, Kommentar z G.-F.-G., S. 553; Birkenbihl, Vorbem. Abs. 4 zu § 167 G.-F.-G; Fuchs, Kommentar zum G.-F..G., S. 398.

[5]) Vgl. dagegen Art. 12 bayr. A.-G. z. Z.-P.-O. u. K.-O.

[6]) Dorner, Vorbem. 5 zu § 167 G.-F.-G.; Birkenbihl, Vorbem. Abs. 4 zu § 167 G.-F.-G.

dung die Beurkundung von Prozessvergleichen für ausgeschlossen, wenn sie sich auf Rechtsgeschäfte bezieht, die bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien[1]) vorzunehmen sind. Allein dies ist unrichtig; denn beim gerichtlichen Abschluss des Prozessvergleichs sind immer die Parteien — wenigstens durch ihre Vertreter — anwesend. Entspricht aber der Vergleich als zivilistisches Rechtsgeschäft auch den ausserhalb der Urkundform liegenden Formalien, sind die Parteien oder wenigstens ihre Vertreter beim Abschlusse des Vergleichs gleichzeitig anwesend, so bestehen keine Bedenken gegen die Wirksamkeit der gleichzeitige Anwesenheit der Parteien fordernden Rechtsgeschäfte, die den Gegenstand des Prozessvergleichs bilden.

Dagegen mögen Dorner und Birkenbihl bei einer anderen Kategorie von Rechtsgeschäften mit dem von ihnen vorgeschlagenen Ausschluss der Beurkundung von Prozessvergleichen Recht bekommen. Es gibt nämlich Geschäfte, für welche nach den Vorschriften des B. G.-B. eine Vertretung der Parteien ausgeschlossen ist[2]). Andrerseits müssen sie sich im Anwaltsprozesse (§ 78 Z.-P.-O.) durch einen beim Prozessgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Im Anwaltsprozesse können nun die Parteien Rechtsgeschäfte, die persönlich unter Ausschluss der Vertretung vorzunehmen sind, nicht zum Gegenstande vergleichsweiser Erledigung machen. Der Grund des Ausschlusses der prozessualen Vergleichsbeurkundung in diesen Fällen liegt in dem Zusammentreffen der zwingenden Vorschrift der Z.-P.-O. und der gleichfalls zwingenden Formvorschriften des B. G.-B.

Die formerleichternde Kraft besitzt die zivilprozessuale Beurkundung von Vergleichen gegenüber allen gesetzlichen Urkundformen, gegenüber rechtsgeschäftlicher Beurkundung, wenn die Beteiligten mit der Beurkundung durch das Prozessgericht einverstanden sind. Nur wenn sie ausnahmsweise eine bestimmte Schriftform, z. B. einfache Schriftform, bei welcher die Partei persönlich zu unterzeichnen hat, als Bedingung der Giltigkeit beabsichtigen und jede andere Urkundform ausschliessen wollten, kann die den Vorschriften der Z.-P.-O. folgende Beurkundung die ganz ausschliesslich gewollte Form nicht ersetzen[3]).

B. Dass sich gesetzliche Formen durch Parteiwillkür erschweren lassen, wird in der Literatur angenommen, jedoch herrscht keine Einstimmigkeit bezüglich des hier den Parteien zustehenden Masses.

---

[1]) z. B. §§ 925, 1015, 1434, 2276, 2390 Abs. 4.

[2]) §§ 1750, 1770, 2234, 2290/2, 2347/2, 2351, 2352. Der Fall des § 1317 gehört mangels gerichtlicher Zuständigkeit nicht hierher.

[3]) Ebenso Dronke a. a. O. III. mit der Begründung aus § 126 Abs. 3 und § 127 Satz 1 B. G.-B. Gaupp-Stein § 794 I. b, d, wo Literatur.

Ohne jede Einschränkung lässt Cosack[1]) die Formerschwerung zu. Matthias[2]) und Zitelmann[3]) gestatten sie jedoch dann nicht, wenn das künftige Rechtsgeschäft für dritte Personen Interesse hat.

Bei den mannigfaltigen Verschlingungen menschlicher Beziehungen untereinander ist anzunehmen, dass in der Regel Dritte an dem Rechtsgeschäfte, dessen Form die Parteien erschweren wollen, ein Interesse haben. Die Ansicht von Matthias und Zitelmann liefe also auf eine regelmässige Verneinung der Formerschwerungsbefugnis der Beteiligten gegenüber gesetzlich-formellen Rechtsgeschäften hinaus. Ob die Forderung des Gläubigers durch Bürgschaft gesichert wird, daran können seine Angehörigen oder Rechtsnachfolger ein Interesse haben. Wenn nun der Bürge die Bürgschaftserklärung, anstatt sie nach § 766 B. G.-B. einfach schriftlich abzugeben, öffentlich beglaubigen oder notariell beurkunden lässt, soll dann die schwerere Form deshalb unstatthaft sein, weil Dritte an der Bürgschaft ein Interesse haben? Welcher innere Grund liegt für eine solche Argumentation vor? Werden die Interessen Dritter etwa durch die Formerschwerung geschädigt, oder werden sie nicht vielmehr durch dieselbe gefördert, indem die dritten Personen durch die Bestimmtheit der Fassung, durch das Zeugnis des mitwirkenden Beamten vor künftigen Rechtsstreitigkeiten bewahrt werden?

Es kann allerdings das Interesse Dritter tatsächlich dadurch geschädigt werden, dass das Rechtsgeschäft wegen der mit der Formerschwerung verbundenen Kosten und Mühen überhaupt nicht zum Abschlusse gelangt, während es vielleicht in der einfacheren gesetzlichen Form perfekt geworden wäre. Aber auch so kann das Interesse Dritter kein Grund für die Versagung der Formerschwerung werden. Die Handlung, durch welche diese verabredet wird, charakterisiert sich als Rechtsgeschäft. Wie alle privatrechtlichen Rechtsgeschäfte, so sind auch solche, die die Vereinbarung einer Formerschwerung zum Inhalte haben, ohne Rücksicht auf die Interessen Dritter zulässig, wenn nicht das Gesetz durch ausdrückliche Bestimmung die Giltigkeit mit Rücksicht auf die Interessen Dritter ausschliesst. Solche Bestimmungen aber kennt das B. G.-B. nicht. Nur die Berücksichtigung der Rechte Dritter, nicht auch ihrer Interessen wird unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. z. B. § 876 Aufhebung eines mit dem Rechte eines Dritten belasteten Rechts an einem Grundstücke nur mit Zustimmung des Dritten, ferner §§ 1396 ff.) Bedingung für die Giltigkeit und Wirksamkeit des Geschäfts.

---

[1]) Cosack I. § 60 III. Ebenso Uranitsch a. a. O.
[2]) Matthias I. S. 199.
[3]) Zitelmann, S. 153.

So gelangen wir zu dem Ergebnis, dass die Parteien die Form aller gesetzlich-formellen Rechtsgeschäfte zwar ohne Rücksicht auf die Interessen Dritter erschweren können, jedoch nur unter Beobachtung einer in der Literatur nicht erörterten, unten zu erwähnenden Beschränkung.

II. Soweit keine gesetzlichen Formvorschriften vorhanden sind, können die Parteien — auch hier ohne Rücksichtnahme auf die Interessen Dritter — formlose zu formbedürftigen Geschäften gestalten und sich hiebei der gesetzlichen oder anderer Formen bedienen. Wählen sie eine gesetzlich geregelte Form für das an sich formlose Geschäft, so können sie es bei den Erfordernissen, die das Gesetz gerade für diese Form aufstellt, bewenden lassen oder dieselben abändern. Machen sie ein Geschäft zu einem schriftlichen, so können sie die von dem Gesetze geforderte, vom Aussteller eigenhändig unterzeichnete Urkunde errichten, sie können die gesetzliche Schriftform durch Siegelung, Angabe des Orts oder der Zeit usw. erschweren, oder endlich dieselbe z. B. durch Verzicht auf die Unterschrift erleichtern.

III. Noch ist zweier Beschränkungen zu gedenken, die Geltung sowohl für das Gebiet des gesetzlichen als des rechtsgeschäftlichen Formzwangs beanspruchen.

1. Eine Erschwerung der Form ist ausgeschlossen, wenn sie mit dem von den mitwirkenden Organen (Gericht, Notar, Standesbeamten) zu beobachtenden Verfahren in Widerspruch steht. Das Gebiet der Formerschwerung ist also u. E. nicht so unbegrenzt, wie Cosack und Uranitsch a. a. O. meinen. Der Ausschluss der Formerschwerung hat hier seinen Grund nicht in der ausschliesslichen sachlichen Zuständigkeit dieser Organe, oder im Mangel der Commensurabilität der zu beobachtenden Formen, sondern in der besonderen Natur dieser Formvorschriften[1]).

2. Die Parteien können nicht Behörden zur Ausführung der Form wählen, denen die örtliche oder sachliche Zuständigkeit[2]) mangelt. Durch diese Zuständigkeitsnormen werden zwar die Parteien nicht hinsichtlich der Formanwendung an sich, wohl aber hinsichtlich der Durchführbarkeit der Form beschränkt.

---

[1]) Siehe näheres in § 11.

[2]) So können die Parteien weder ein an sich formloses noch ein an sich formelles Geschäft in Bayern durch ein anderes Organ als den Notar öffentlich beglaubigen lassen. Vgl. Art. 1 bayr. Notariatsges.; Art. 167 Ziff. 1 bayr. A.-G. z. B. G.-B.; Oertmann, bayr. Landesprivatrecht § 34. Ausschliessliche örtliche Zuständigkeitsvorschriften sind für Bayern bezüglich der Schriftform, öffentlichen Beglaubigung und notariellen Beurkundung nicht erlassen.

§ 4. Vertretbarkeit der gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Form.

Aus dem Wesen der mit zwingender Kraft ausgestatteten Formvorschriften folgt, dass die Parteien einem bestimmten, einer gesetzlichen Form unterworfenen Rechtsgeschäfte nicht eine Form geben können, deren Elemente mit denen der gesetzlichen Form nichts gemein hat (fremdgeartete, verschiedenartige Form). Die gesetzlichen Formen sind nicht vertretbar. Wenn zwar das B. G.-B. selbst in den §§ 126 Abs. 3 und 129 Abs. 3 davon spricht, dass die Schriftform und die öffentliche Beglaubigung durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung „ersetzt" werde, so handelt es sich hier in Wahrheit nicht nur um einen Ersatz, sondern um eine Erschwerung. Alle Formerfordernisse der einfachen Schriftform und der öffentlichen Beglaubigung sind in der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung enthalten; wird letztere gewählt, so werden die beiden ersteren Formen nur erschwert.

Die rechtsgeschäftlichen Formen dagegen sind vertretbar. Sie können von den Parteien, welche Urheber der Formverfügung waren, aufgehoben und durch fremdgeartete Formen ersetzt werden. Dies folgt aus dem rechtsgeschäftlichen Charakter der gewillkürten Form. An Stelle schriftlicher Beurkundung kann z. B. mündliche Errichtung vor zwei Zeugen treten.

Eine Vertretung gesetzlicher Formen kann ebenso wie eine Erleichterung gesetzlicher Formvorschriften nicht von den Parteien beliebt, sie kann nur vom Gesetze selbst gestattet werden. Eine Ermächtigung zur Vertretung einer gesetzlichen Form durch eine hetorogene Form liegt in den alternativen Formvorschriften, welche den Parteien die Wahl zwischen verschieden gearteten Formen lassen.

Dass übrigens der Vergleich nicht „formersatzwirkende",[1]) sondern nur formerleichternde Kraft hat, zeigt die Tatsache, dass nicht die der Urkundform fremdgearteten gesetzlichen Formbestandteile, wie gleichzeitige Anwesenheit, persönlicher Abschluss, unerfüllt bleiben dürfen, wenn das verglichene Rechtsgeschäft giltig sein soll. Auch wird bei vergleichsweisem Abschlusse von Rechtsgeschäften, welche nach bürgerlichem Rechte gerichtlicher, öffentlich beglaubigter oder einfacher Schriftform bedürfen, den Formerfordernissen nicht schon durch blosse mündliche Erklärung vor Gericht, sondern erst durch die nach Massgabe der Z.-P.-O. erfolgende Beurkundung genügt.

---

[1]) Wie namentlich Dronke a. a. O. und Seuffert, Anm. 2 e zu § 794 Z.-P.-O., behaupten.
[2]) Vgl. Kom.-Ber. z. Z.-P.-Nov. v. 1898, S. 65 f.

§ 5. Erfüllung.

Wer unter Herrschaft des römischen Rechts aus einem nicht formgerechten, daher nicht klagbaren, nach klassischem Rechte weder unter die Konsensual- noch die anerkannten Realverträge fallenden Vertrage (pactum) erfüllt hatte, konnte bei nicht erfolgter Gegenleistung das Geleistete durch condictio sine causa zurückfordern[1]). Eine Klage auf Gegenleistung aus formloser Vereinbarung wurde im klassischen Rechte nur von Fall zu Fall auf Grund der freiwilligen Vorleistung eines Teils, auf Grund unbenannten Realkontrakts gewährt als actio praeseriptis verbis. Im Edikt vorgesehen war sie lediglich beim Trödelvertrag, wenn die res aestimata vendenda data est. Eine einheitliche Klage auf Gegenleistung kommt erst im justinianischen Rechte vor.

Gegenüber den vom preussischen, österreichischen Rechte und vom bayrischen Entwurfe aufgestellten Rechtssätzen[2]), wonach die Erfüllung den Formmangel heilt, stellt das B. G.-B. in § 125 für die einer gesetzlichen Form bedürfenden Rechtsgeschäfte das entgegengesetzte Prinzip auf: Solche Rechtsgeschäfte werden durch Erfüllung nicht giltig, sie bleiben nichtig. Nur soweit das Gesetz selbst Ausnahmen zulässt, wird durch Erfüllung Heilung bewirkt (§§ 313, 518, 566, 766 B. G.-B.). Das Gesetz hat im allgemeinen eine Anstandspflicht, sein gegebenes Wort zu halten, obwohl die gesetzliche Form nicht eingehalten wurde, nicht anerkannt[3]). Eine Ausnahme von diesem im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochenen Grundsatze enthält dem praktischen Erfolge nach der unten, S. 18 f., zu besprechende § 814 B. G.-B.

Hachenburg[4]) schreibt der Erfüllung in allen Fällen, wo das Gesetz ausschliesslich oder überwiegend zum Schutze einer Partei eine Formvorschrift trifft, heilende Kraft zu. Darnach würde die Erfüllung bei der formlosen Veräusserung eines gegenwärtigen Vermögens (§ 311 B. G.-B.), dem Verkaufe einer Erbschaft (§ 2371), dem Versprechen einer Leibrente (§ 761) nachträgliche Giltigkeit herbeiführen.

Allein diese Ansicht steht mit der Entstehungsgeschichte und den einzelnen Bestimmungen des Gesetzbuchs in Widerspruch. Die

---

[1]) Dernburg, Pandekten II., S. 20.

[2]) Preuss, A. L.-R. I. 5 § 146, 147, 156—167; Öst. G.-B. § 1432; bayr. Entw. Tl. II. Art. 17 Abs. 2, Art. 906; Dernburg, Pandekten II., S. 27, Anm. 4.

[3]) Prot. II., S. 696.

[4]) Hachenburg, Vorträge S. 82 f., S. 92 f. Meisner wünscht (S. 58), dass in allen Fällen die Erfüllung den Formmangel heile: „Von der Beobachtung der Formvorschriften ist der Bestand der Rechtsgeschäfte nur soweit abhängig zu machen, als bei solchen Vorschriften die vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Zwecke in Frage kommen . . . . . Alle diese Zwecke kommen aber nach der Erfüllung nicht mehr in Betracht.“ Meisners Wunsch ist durch das B. G.-B. nicht entsprochen worden. Rudloff (Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 73 S. 230) hält § 91 E. I. = § 125 B. G.-B. für zweckmässig.

Motive I. S. 183 sagen, dass die freiwillige Erfüllung des Vertrags an der Nichtigkeit desselben nichts ändere und der in der Erfüllung liegenden Willensäusserung keine andere Bedeutung zukomme, als der vorangegangenen, der gesetzlichen Form ermangelnden Willenserklärung. Auch wurde nach dem Berichte der XII. Kommission vom 12. VI. 1896 ein Antrag, den Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Form nach Erfüllung als geheilt anzusehen, abgelehnt. Am klarsten aber beweist die Unrichtigkeit der Hachenburg'schen Meinung das vor allem in Betracht zu ziehende Gesetzbuch selbst: Die Regel ist hier, dass Erfüllung den Formmangel bei gesetzlicher Form nicht heilt. Die Bestimmungen, in denen der Erfüllung heilende Kraft zukommt, bilden die Ausnahme. Ausnahmebestimmungen dürfen aber nicht willkürlich auf andere Rechtsverhältnisse übertragen werden. Es darf also nicht mit Hachenburg von einem „Konvaleszenzprinzip" gesprochen werden. Das Gesetz erklärt alle Rechtsgeschäfte, die gesetzlicher Form ermangeln (abgesehen von den angeführten Ausnahmen) für nichtig, ohne Rücksicht auf den Schutzzweck oder auf andere Zwecke; es abstrahiert bei Aufstellung der Nichtigkeitsfolge von allen Zwecken, denen mit der Form genügt werden soll und berücksichtigt den durch Erfüllung hergestellten Zustand grundsätzlich nicht.

Das gewonnene Ergebnis ist wegen der aus der Nichtigkeit sich ergebenden Folgen für den auf die Giltigkeit des formlosen Wortes Vertrauenden unbefriedigend, allein man muss zu demselben gelangen, will man nicht sich eigenmächtig über das Gesetz hinwegsetzen. Diese Folgen bestehen darin, dass alles als Erfüllung Geleistete nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. B. G.-B.) zurückgefordert werden kann. Es macht hiebei keinen Unterschied, ob die Erfüllung eine vollständige oder teilweise war. Bei einseitiger Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags hat der Vorleistende keinen Anspruch auf die Gegenleistung, sondern nur den Bereicherungsanspruch. Auch die Verabredung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung ist nichtig. Zwar haben die Motive (I. S. 183) diese misslichen Folgen nicht verkannt, die derjenige zu tragen hat, der, zunächst an die Giltigkeit des formlos erfüllten Rechtsgeschäfts glaubend, hinterher das Empfangene als ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben muss, aber sie beruhigen sich damit, dass der Vertragsbruch nicht eine direkte Folge des Formzwangs sei, und es ist nur zu wünschen, dass die Fälle, in denen der gesetzliche Formzwang zum Brechen des formlos gegebenen Worts die Hand bietet, selten sind.

Zwei Ausnahmen von der Regel, dass das unter Verletzung der gesetzlichen Formvorschriften Geleistete nach den Grundsätzen der

ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden kann, enthält § 814 B. G.-B.

Eine Rückforderung des Geleisteten ist ausgeschlossen, wenn der Leistende wusste, dass er zur Leistung wegen des Formmangels nicht verpflichtet war.

Eine Rückforderung ist ferner ausgeschlossen, wenn zwar der Leistende dieses Bewusstsein nicht hatte, aber die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehemden Rücksicht entsprach.

Diese vom E. I. abgelehnte Vorschrift nahm die 2. Kommission auf, da das Recht nicht seine Hand dazu bieten dürfe, das sittliche Bewusstsein des Volks zu verletzen. Sei ein der Sittlichkeit entsprechender Zustand hergestellt worden, so gehe es nicht an, diesen mit rechtlichen Mitteln wieder rückgängig zu machen. Die Mehrheit der Kommission meinte jedoch bezüglich der gesetzlich-formellen Geschäfte[1]), dass derjenige, der das Geleistete unter Berufung auf die Nichtigkeit wegen Formmangels zurückfordere, nicht deshalb zurückgewiesen werden dürfe, weil Sitte oder Anstand erfordere, auch eine formell nichtige Zusage zu erfüllen, oder weil es unanständig sei, sich auf den Formmangel zu berufen.

Man wird daher generell sagen dürfen, dass, wer ein gesetzlich-formelles Geschäft ohne Wahrung der Form erfüllt hat, seine Leistung unter Berufung auf den Formmangel zurückfordern kann, weil keine sittliche Pflicht besteht, wegen Formmangels nichtige Geschäfte zu erfüllen[2]).

Da jedoch die Frage, ob die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht, im Streitfalle von dem Richter unter Berücksichtigung der konkreten Umstände nach freiem Ermessen zu entscheiden ist, so kann im einzelnen Falle der Richter die Rückforderung des formlos Geleisteten ausschliessen. Hat z. B. der ein gesetzlich-formelles Rechtsgeschäft formlos Erfüllende sich ehrenwörtlich zur Leistung verpflichtet und hinterher formlos erfüllt, so dürfte seine Leistung einer sittlichen oder Anstandspflicht genügt haben, ein Rückforderungsrecht daher ausgeschlossen sein. Es kann also nicht nur die erste, sondern auch die zweite Alternative des § 814 zu einer Ausnahme gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 125 führen[3]).

Während der Mangel der Beobachtung der gesetzlichen Formvorschriften in der Regel nicht durch Erfüllung geheilt wird, sind die

---

[1]) Prot. II., S. 696.
[2]) Planck zu § 813; Örtmann, Recht der Schuldverhältnisse 1899, Anm. 4 zu § 814.
[3]) Staudinger, § 814, Anm. 1b.

Wirkungen gesetzlich formloser, durch Parteiwillkür formell gemachter Rechtsgeschäfte verschieden, je nach der Bedeutung, welche die Form in concreto für das Geschäft haben soll.

Haben sich die Parteien schon durch ihr mündliches formloses Wort gebunden, und wollen sie die Form lediglich zu Beweiszwecken hinzutreten lassen, so beruht die Forderung auf Erfüllung des Geschäfts auf dem formlos giltigen Geschäfte. Die Parteien haben ein Klagerecht auf Erfüllung der Form, da diese als Leistung aus dem giltigen Geschäfte anzusehen ist[1]), und auf Erfüllung des Rechtsgeschäfts. Eine Rückforderung des giltig Geleisteten ist hier unter allen Umständen ausgeschlossen. Vertragsstrafen haben hier ihren Platz.

Wenn von der Erfüllung der Form die Klagbarkeit abhängig gemacht würde — ein in der Praxis wohl seltener Fall — so liegt auch ohne Formerfüllung ein giltiges Rechtsgeschäft vor. Nur entsteht aus der teilweisen Erfüllung gegenseitiger Verträge keine Klage auf die Gegenleistung, aus unerfüllten einseitigen Verträgen oder einseitigen Rechtsgeschäften keine Klage auf Leistung. Ist das Geschäft vollständig erfüllt worden, und zwar das zweiseitige Leistungsgeschäft von beiden Teilen, das einseitige von dem Verpflichteten, so ist eine Rückforderung ausgeschlossen, da aus einem giltigen Geschäfte geleistet wurde. Hat auf Grund eines gegenseitigen Vertrags ein Kontrahent erfüllt, so ist er nach § 326 B. G.-B. berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten (§ 346 f.), wenn er seinen Gegner in Verzug gesetzt und ihm erklärt hat, dass er nach Ablauf einer angemessenen Frist die Leistung ablehne. Die Fristsetzung erübrigt sich, wenn die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für ihn kein Interesse hat.

Sollte aber nach dem Willen der Parteien die Formerfüllung nicht nur Bedingung der Klagbarkeit, vielmehr ohne Formerfüllung kein Teil auch nur zur aussergerichtlichen Mahnung befugt, die Leistung also schlechthin eine freiwillige sein, so ist dem Leistenden ein Rückforderungsrecht aus § 812 f. B. G.-B. nicht zu versagen. Wenn auch bei gegenseitigen Verträgen die Tatsache, dass der Gegner nicht erfüllt, im Allgemeinen[2]) kein Rückforderungsrecht sondern nur einen Anspruch auf die Gegenleistung erzeugt, so ist gerade bei Vorleistung aus einem gegenseitigen unklagbaren Vertrage der Zweck der Leistung nach dem Inhalt des Geschäfts ersichtlich, den Gegner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu veranlassen[3]). Da der mit der Leistung nach dem Inhalte des Geschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt, hat

[1]) Stobbe, Bd. III., § 217c; Thöl, § 247.
[2]) Abgesehen von den Fällen der Unmöglichkeit der Leistung in §§ 323, 325 B. G.-B.
[3]) Mot. II., S. 842; Prot. II., S. 693; Planck, § 812, Anm. c Abs. 4; Staudinger, Anm. 4 zu § 812.

der Vorleistende ein Rückforderungsrecht. Auch hier können Vertragsstrafen wirksam vereinbart werden.

War die Form von den Parteien als Giltigkeitserfordernis gewollt, so entsteht aus der formlosen Beredung ebensowenig wie bei gesetzlichem Formzwang eine Verbindlichkeit zur Vollendung der Form oder Erfüllung des Rechtsgeschäfts. Eine auf Erfüllung gerichtete Klage hätte, da sie auf keinen wirksamen Rechtsgrund gestützt ist, keinen Erfolg.

Durch freiwillige Erfüllung des Geschäfts wird in der Regel[1]) der Formmangel geheilt, ein Rückforderungsrecht ausgeschlossen. Nur wenn ausnahmsweise die Partei durch einen besonderen Vorbehalt zur Kenntnis des Gegners gebracht hat, dass trotz der Leistung die Wirksamkeit des Geschäfts von der Formwahrung abhängig bleiben soll, muss ihr die Möglichkeit des Nachweises offen gelassen werden, dass sie durch die Erfüllung nicht von der Formberedung abgehen wollte. Sie hat dann nicht auf die Erfüllung der Giltigkeitsform durch ihre Leistung verzichtet, es steht ihr daher ein Rückforderungsrecht aus § 812 zu, welches nicht (wie Regelsberger S. 160 f. sagt), dadurch ausgeschlossen wird, dass künftig die Form erfüllt werden kann.

Ebenso erklärt auch der von der Formberedung Kenntnis besitzende Empfänger einer Leistung aus einem von einer Seite erfüllten zweiseitigen Vertrage durch Annahme der Leistung stillschweigend den Verzicht auf die Formerfüllung als Giltigkeitsbedingung des Geschäfts und wird durch seine Annahme seinerseits zur Bewirkung der Gegenleistung verpflichtet.

Diese Folge tritt nur dann nicht ein, wenn er trotz Annahme der Vorleistung in erkennbarer Weise auf der Erfüllung der Form als Giltigkeitserfordernis stehen bleibt.

Hat ein Teil ohne Kenntnis des als Bedingung der Giltigkeit gewollten Formerfordernisses erfüllt (z. B. ein Erbe), so enthält offenbar eine solche Leistung keinen stillschweigenden Verzicht auf die Form. Die ohne Rechtsgrund gemachte Leistung kann zurückgefordert werden (§ 812 B. G.-B.).

§ 6. Form des Vorvertrags.

Bei der Stellungnahme zu einer den Vorvertrag betreffenden Frage bemerkt man, dass fast alles, was auf ihn Bezug hat, bestritten ist. Ja, sogar seine Existenz ist von Schlossmann bezweifelt

[1]) Nicht immer, wie Planck § 125, Matthias I. S. 199, Unger, System des österr. Privatrechts II., § 87, Anm. 16, meinen.

[2]) A. M. Regelsberger, Ziv. Erörterungen I, S. 160 f., welcher dem Leistenden kein Rückforderungsgeschäft einräumt, weil später jederzeit die Beurkundung erfolgen kann.

worden[1]). Jedoch rechnen wir in Übereinstimmung mit den Motiven, den übrigen Theoretikern und Praktikern mit dem Vorhandensein des Vorvertrags im Rechtsleben. Unter den Schriftstellern, welche den Vorvertrag anerkennen, machen sich zwei Anschauungen geltend; nach der einen ist er ein selbständiger Vertrag[2]), nach der anderen nur unselbständiger Bestandteil eines weiteren Rechtsverhältnisses[3]). Über die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des Vorvertrags haben wir im Rahmen unserer Arbeit keine Entscheidung zu treffen, da eine Charakterisierung des Vorvertrags nach dieser Richtung für die Frage nach seiner Form unerheblich ist.

In dem einen Punkte treffen die Meinungen zusammen, dass dem Vorvertrag wesentlich die Absicht zu Grunde liegt, eine rechtliche Verpflichtung zur Eingehung eines obligatorischen[4]) Vertrags zu schaffen, und dass er im Gegensatz zu unverbindlichen Vorverhandlungen eine Verpflichtung zum Abschluss eines solchen begründet. Dabei ist es nicht begrifflich notwendig, dass durch den Vorvertrag beide[5]) Parteien gebunden werden, es kann je nach dem Willen derselben eine einseitige oder zweiseitige Bindung zum Abschluss des Hauptvertrags entstehen.

Welche Form nun der Vorvertrag haben müsse, wenn das Gesetz für den versprochenen Hauptvertrag eine solche vorschreibt, darüber waren im gemeinen Recht die Meinungen geteilt. Zwar erzeugte der formlose Vertrag die Verpflichtung zum Abschluss des Hauptvertrags, wenn die gesetzliche Form des letzteren nur zu Beweiszwecken vorgeschrieben oder Voraussetzung der Klagbarkeit war. War sie dagegen Giltigkeitsform, so bestand keine Einstimmigkeit darüber, wann die Formvorschrift des Hauptvertrags sich auf den Vorvertrag erstrecke. Windscheid[6]) fordert in diesem Falle schlechthin für den Vorvertrag die Form des Hauptvertrags; ist diese nicht erfüllt, so entsteht

---

[1]) Schlossmann in Iherings Jahrbüch. f. d. Dogm. d. bürg. Rechts. Bd. 45, S. 91 ff.

[2]) Degenkolb in der Festschrift „Der Begriff des Vorvertrags"; Thöl I. § 246 II.; Geppert in der krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 14, S. 400 ff.; Regelsberger a. a. O., S. 128 und in Endemanns Handbuch des Deutschen Handelsrechts, Bd. II., S. 417.

[3]) Namentlich neuerdings Stinzing: Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse, Heft 1, S. 7, 11; er vermeidet den Ausdruck „Vorvertrag" wegen der mangelnden selbständigen Existenz und schlägt die Bezeichnung „Vorverpflichtung" vor.

[4]) Während die Älteren unter Vorvertrag schlechthin den Vertrag, welcher einen künftigen Vertrag verspricht, verstehen (vgl. z. B. Thöl I., S. 778; Bechmann: Der Kauf II. 1, S. 270; Adler, Jahrb. f. d. Dogm., Bd. 31, S. 222), wollen die Neueren (Planck I., S. 125; Rietzler, S. 232) nicht den obligatorischen Vertrag, der eine Verpflichtung zum Abschluss eines dinglichen Vertrags begründet, „durch welchen das Eigentnm einer Sache oder das Recht an einer solchen übertragen oder belastet wird" (Planck I., S. 147), als Vorvertrag zum dinglichen Vertrage anerkennen. Da es sich in solchen Fällen um zwei selbständige Verträge verschiedener Art handle, hätten die für den dinglichen Vertrag gegebenen Formvorschriften keine Bedeutung für den obligatorischen, die auf diesen bezüglichen keine Bedeutung für den dinglichen Vertrag. Diesen Ausführungen schliesst sich Verfasser an.

[5]) Wie Cosack I. § 82 meint, der den Vorvertrag als einen Vertrag definiert, in welchen sich die Parteien zum Abschluss eines künftigen Vertrags verpflichten.

[6]) Windscheid, Bd. II., § 310.

aus dem Vorvertrag kein Forderungsrecht. Gerber[1]) erhebt diesen Anspruch nur, wenn die Formvorschrift die Perfektion im Interesse der Partei erschweren; Regelsberger[2]), wenn sie auf den Willen der Partei einwirken soll. Gegen die beiden letzteren polemisiert Degenkolb[3]). Er unterscheidet einerseits Formvorschriften, die „im Hinblick auf einen von der Rechtsgemeinschaft von sich aus gewollten Erfolg" gegeben seien — nur sie müssen auch auf den Vorvertrag ausgedehnt werden, weil ein Erfolg, den die Rechtsvorschriften verhindern wollen, nicht auf einem Umweg herbeigeführt werden dürfe, — andrerseits Formvorschriften, „die ideal im Dienst des als kräftig gesetzten Parteiwillens getroffen sind".

Allein auch die Degenkolbsche Ansicht ist mit Recht von Goeppert als unhaltbar bezeichnet worden, da eine Formvorschrift, durch die die Parteien an gewisse Formerfordernisse gebunden werden, nicht dem „als kräftig gesetzten" Parteiwillen dient, sondern die Kraft des Willens verneint, wenn er diesen Erfordernissen nicht entspricht.

Dieser Buntscheckigkeit der Anschauungen gegenüber lassen die Motive zum B. G.-B., nach welchen Vorverträge sowohl zu Real- als Konsensualverträgen möglich sind, wenn nur der Inhalt des künftigen Vertrags genügend bestimmt[5]) ist, die Frage nach der Form der Vorverträge auf sich beruhen und lehnen ihre Beantwortung im Gegensatz zum bayr. Entwurf, Tl. II. Art. 19, ab.

Nach dem B. G.-B. ist die Rechtslage folgende: Das Gesetz erklärt in § 125 jedes Rechtsgeschäft, das der durch Gesetz vorgeschriebenen Form entbehrt, für nichtig. Es lässt darnach eine Bindung des Willens nicht zu, solange die Form nicht vollendet ist. Nach dem B. G.-B. gibt es daher keine bindenden Vorverträge, die nicht die Form des betreffenden gesetzlich-formellen Hauptvertrags haben. Die Form des Hauptvertrags bildet für den Vorvertrag das gesetzliche Minimum an Formerfordernissen, das von den Beteiligten innerhalb der Grenzen zulässiger Formerschwerung vermehrt werden kann. Während im gemeinen Rechte die Lösung des Problems von dem Gesichtspunkt

[1]) Gerber: System des deutschen Privatrechts, § 164.
[2]) Regelsberger a. a. O., S. 139 ff., derselbe in Endemanns Handb. II., S. 418, Ziff. 3.
[3]) Degenkolb a. a. O., S. 35.
[4]) Goeppert a. a. O., S. 415.
[5]) Über das Erfordernis der Bestimmtheit des Inhalts des Hauptvertrags im Vorvertrag siehe Bechmann, Der Kauf II., S. 273, 281; Regelsberger S. 129; Thöl I. S. 780; Goeppert S. 417. Darnach muss der Inhalt genügend bestimmt sein, darf „die Höhe der im contrahere enthaltenen Belastung des Promittenten nicht lediglich von der unbeschränkten Willkür des Promissars abhängen. Jedoch halten wir einen Vorvertrag in dem sich der durch ihn Verpflichtete verbindlich macht, ein Haus ohne Angabe des Preises zu kaufen, und dem Gegner die beliebige Bestimmung desselben überlässt, ebensowenig wegen mangelnder Bestimmtheit des Inhalts für ungiltig, als einen Kaufvertrag gleichen Inhalts: § 315 B. G.-B. Weiter als wir geht Stinzing a. a. O., S. 7 Anm. 6 u. S. 20e, nach dem eine Vorverpflichtung zu zunächst der Zahl und Art nach unbestimmten, erst durch die Umstände zu bestimmenden Verträgen möglich ist. Die Annahme eines so weitgehenden Verpflichtungsversprechens kann u. E. gegen die guten Sitten verstossen.

des Zweckes der einzelnen Formvorschrift versucht wurde, sind die Zwecke der Formvorschrift nach heutigem bürgerlichen Recht nicht mehr massgebend für die Form des Vorvertrags und ein Zurückgreifen auf dieselben ist überflüssig geworden.

Haben die Parteien für den Hauptvertrag Schriftform ausbedungen, so hing zur Zeit der Geltung des gemeinen Rechts die Beantwortung der Frage nach der Form des Vorvertrags von der vorherigen Entscheidung über die Bedeutung der l 17 cod. de fide inst. 4, 21 ab[1])[2]). Die Auffassungen darüber waren verschieden.

Wer in der angeführten Stelle eine rechtspolizeiliche Vorschrift erblickte[3]), derart, dass die Schriftform vereinbarenden Parteien, auch wenn sie die Absicht hatten, sich schon durch blosse mündliche Beredung oder durch vorläufige schriftliche Aufzeichnungen zu binden, sich vor vollständiger Fertigung und beiderseitiger Unterzeichnung der Reinschrift (mundum) nicht verpflichten konnten, durfte ohne Berücksichtigung der Parteiabsicht, sich schon vorher zu binden, vor vollendeter Form keinen wirksamen Vorvertrag zulassen.

Wer mit Setzer[4]) der Meinung war, die Bestimmung sage nichts über die Bedeutung mündlicher Abreden aus, sie befasse sich nur mit den Erfordernissen der Schriftform, war ebensowenig wie Andere[5]), welche die Rezeption des angeführten Rechtssatzes verneinten, an eine besondere Vorschrift bezüglich der Form des Vorvertrages und der Folgen der Nichtbeachtung derselben gebunden.

Der im gemeinen Rechte herrschenden Ansicht[6]) folgte auch das B. G.-B. Darnach steht es in der Macht der Parteien, die Form und ihre Ausgestaltung zu bestimmen. Bei rechtsgeschäftlicher Schriftform ist im Zweifel die gesetzliche Form zu beobachten, die rechtsgeschäftliche Form ist im Zweifel Giltigkeitsform. (§ 127 mit § 125 Satz 2). Diese letztere Bestimmung ist mit Rücksicht auf die Erfahrung des Lebens[7]) getroffen worden, dass die eine Form beschliessenden

[1]) Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necressarium, donationis etiam arrarum vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit, non aliter viris habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet litteras minus partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum et absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare, adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest, ei persolvere.

[2]) Vgl. die Ausführungen Regelsbergers a. a. O. und der unten bezeichnete Pandektenlehrer.

[3]) Wie Keller, Pandeckten I § 221 c.

[4]) Setzer, Abhandlung aus dem Zivilrecht, Bremen 1860 I.

[5]) Regelsberger u. a. s. S. 145 f. Dernburg Pandekten II § 10.

[6]) Vgl. Savigny Obligationenrecht II § 77, S. 243, Arndts Pandekten § 232, Baron § 213, S. 430, Windscheid II § 312, Nr. 12.

[7]) Bähr in Iherings Jahrbuch Bd. 14, S. 38.

Parteien sich regelmässig erst mit ihrer Erfüllung binden wollen. Es erwächst daher aus einem Vorvertrage, der der nach Belieben der Beteiligten ausgestalteten Form ermangelt, im Zweifel keine Verbindlichkeit, ein solcher Vorvertrag ist im Zweifel nichtig. Nur die Geltendmachung besonderer Umstände, wie der Hinweis auf die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall, dass sich der Gegner dem formellen Abschluss entziehen sollte, verhindert die Anwendung des Satzes 2 des § 125.

§ 7. Nebenberedungen.

Im Folgenden soll dargestellt werden, wie weit der gesetzliche und rechtsgeschäftliche Beurkundungszwang reicht, und worin die Wirkungen mangelhafter Beurkundung auf das ganze Rechtsgeschäft bestehen.

Es entsprach dem Grundsatze des gemeinen Rechts, wonach die gesetzliche Form Giltigkeitsform war, dass alle Verabredungen, die nicht in diese Form gebracht waren, ungiltig sein sollten[1]).

Dagegen hielt die gemeinrechtliche Praxis daran fest, dass bei rechtsgeschäftlicher Urkundform mündliche Vereinbarungen neben dem schriftlichen Vertrage dann Wirksamkeit haben sollen, wenn der Wille nachgewiesen wird, dass solche formlose Beredungen neben dem urkundlich fixierten gelten sollten[2])

Strenger waren die Partikularrechte.[3])

So haben nach dem preussischen Landrecht I 5 § 116 mit §§ 127 ff., dem österreichischen Gesetzbuch § 887, Zürcher Gesetzbuch (vom Jahr 1885) § 916, dem schweizerischen Entwurfe von 1877, Artikel 61 mündliche Nebenberedungen neben gesetzlicher, aber auch neben rechtsgeschäftlicher Giltigkeitsform keine Rechtswirksamkeit. Hier gab es keinen Beweis, dass die Parteien die Geltung des mündlich Vereinbarten neben dem rechtsgeschäftlich Formulierten beabsichtigten.

Das B. G.-B. enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Geltung von mündlichen Abreden. Wie wir aber aus folgendem sehen werden, stimmt auch hier das B. G.-B. im Wesentlichen mit dem gemeinen Rechte überein.

Schreibt das Gesetzbuch Urkundform vor, so erfasst die Form das Rechtsgeschäft in allen seinen Teilen.[4]) Abreden, die nicht der

[1]) Vgl. Windscheid a. a. O. § 312, Anm. 7 u. 12, Strobbe-Lehmann III § 217 IX.
[2]) Bekker, System des heutigen Pandektenrechts II, S. 298.
[3]) Abgesehen z. B. vom sächsischen B. G.-B. § 826.
[4]) Vgl. Mot I, S. 183, welche den obigen, auch dem Gesetze entsprechenden Standpunkt einnehmen. Dagegen Scherer (die Gesetzgebung des deutschen Rechts, Bd. 6, S. 213), der die Ausführung der Motive für verfehlt hält. Sicher ist, dass nach dem Gesetze sich die Formvorschrift auch auf alle Nebenberedungen erstreckt, weil sie für „das Rechtsgeschäft", d. h. alle den Gegenstand der Vereinbarung bildenden Beredungen besteht.

Form entsprechen, sind gem. § 125, Satz 1 nichtig. Sie bleiben nichtig, selbst wenn die Parteien ihre Giltigkeit wollen und der Beweis, dass sie auch die formlosen Vereinbarungen haben gelten lassen wollen, verhilft diesen nicht zur Giltigkeit.[1])

Es kommt auch nicht darauf an, zu welchem Zeitpunkte die Nebenabredungen getroffen wurden, mögen sie vor, bei oder nach Abschluss des Rechtsgeschäfts vereinbart worden sein, als Bestandteile desselben werden sie von dem gesetzlichen Formzwange umfasst. Ferner macht es für die Form der Nebenberedungen keinen Unterschied, ob nach der Beurkundung erfolgende Vereinbarungen eine Ergänzung oder Abänderung des in der Urkunde niedergelegten Inhalts enthalten.

Im Bereiche des rechtsgeschäftlichen Formzwanges dagegen steht den Beteiligten frei, den Umfang der Urkundform zu bestimmen: Sie können ihn auf alle Bestimmungen des Geschäftes erstrecken, auf die Hauptbestimmungen oder — wozu allerdings das Verkehrsbedürfnis nicht drängt — auch nur auf Nebenbestimmungen beschränken. Im letzten Falle wird man nicht mehr von einem formellen Geschäfte sprechen können. Zwar entspricht es der Norm im Rechtsleben,[2]) dass die Parteien bei Vereinbarung einer Urkundform die Absicht haben, sämtliche Vereinbarungen in diese Form zu bringen und dass sie frühere, in die Urkunde nicht aufgenommene Abreden haben fallen lassen. Indes kam der Gegenbeweis, dass die vor, bei, aber auch nach Abschluss getroffenen mündlichen Beredungen neben der Urkundform giltig sein sollten, mit dem Erfolge geführt werden, dass sie neben dem Schriftlichen gelten. Dies entspricht dem § 125, Satz 2, welcher sagt, dass ein rechtsgeschäftlich formelles Rechtsgeschäft bei Nichterfüllung der Form »im Zweifel« nichtig ist.[3]) Man wird bei dieser Ausdrucksweise des Gesetzes einen Beweis im obigen Sinn, der dem auf die Geltung formloser Beredungen sich Berufenden aufzuerlegen wäre, zulassen müssen und die Meinung Mathias[4]), dass bei rechtsgeschäftlichem Formzwange alle nicht formellen Verein-

[1]) Nur soweit durch Erfüllung des Geschäftes nach dem Gesetze z. B. §§ 313, 518$_2$, 766, Heilung eintritt, erstreckt sie sich ohne weiteres auch auf formlose Nebenberedungen.

[2]) Daher sprechen die Mot. I, S. 184 von „der Vermutung der Vollständigkeit des Inhalts der über den Vertrag aufgenommenen Urkunde".

[3]) Vgl. Mot I, S. 184, Brückner im „Recht„ 1900, S. 382 f.

[4]) Mathias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1900, § 51 V. Irrig ist u. E., auch Cosacks Beispiel II in § 60 e II seines Lehrbuchs: „C. engagiert den D. als Gärtner, setzt dessen Dienstbezüge mündlich fest, behält sich aber schriftlichen Abschluss des Vertrages vor; in dem demnächst schriftlich errichteten Dienstvertrage wird eine dem D zugebilligte Weihnachtsgratifikation von 50 Mark unerwähnt gelassen. Hier kann D die Gratifikation nicht fordern, auch wenn ihre Nichterwähnung in der Vertragsurkunde auf einem blossen Versehen beruht". Nach unserer Meinung kann D die Gratifikation fordern, sobald er beweist oder C selbst zugibt, dass die Nichterwähnung der Gratifikation auf einem Versehen beruhte, die Vereinbarung derselben also nach dem gemeinsamen Parteiwillen gelten soll, trotz ihrer Nichtbeurkundung.

barungen nichtig seien, also nicht nur dem Zweifel, sondern auf alle Fälle und ohne Zulassung eines Gegenbeweises nichtig seien, als unrichtig zurückzuweisen haben. Freilich wird der Beweis, dass neben der schriftlichen auch die mündliche Vereinbarung gelte, nicht auf den blossen Hinweis darauf gestützt werden, dass überhaupt ausser der schriftlichen Fixierung formlose Beredungen getroffen wurden, man muss vielmehr die Berufung auf Tatsachen verlangen, aus denen die der Verkehrsregel zuwiderlaufende Geltung formloser Vereinbarung neben dem Beurkundeten geschlossen werden kann, also z. B. Berufung auf eine besondere die Geltung des Formlosen aufrecht erhaltende Vereinbarung.

Die Wirksamkeit unförmlicher, nachträglicher Beredungen wird man leichter annehmen als die dem Abschlusse vorangehenden oder gleichzeitigen Abreden, da sich die Formverfügung gewöhnlich nicht auch auf nachträgliche Vereinbarungen bezieht. Es wird daher, um ihre Giltigkeit darzutun, der Beweis genügen, dass sie zustande kamen; ein besonderer Beweis darüber, dass sie neben der vorhergehenden Beurkundung gelten sollten, ist nur dann erforderlich, wenn der Gegner sich darauf beruft, dass vereinbarungsgemäss die Wirkung der Formverfügung sich auch auf nachträgliche Beredungen erstrecken sollte.

Was sind nun die Wirkungen der nur teilweisen Beurkundung auf das ganze Rechtsgeschäft?

Ein gesetzlicher Urkundform bedürfendes Geschäft, das diesem Erfordernis nur zum Teil entspricht, ist einem Rechtsgeschäfte gleichzuachten, von dem ein Teil nichtig ist. Es ist daher in der Regel das ganze Rechtsgeschäft nichtig (§ 139 B. G.-B.) Diese Folge gründet sich auf der Annahme, dass gewöhnlich die Parteien einen so innigen Zusammenhang zwischen den einzelnen Bestimmungen des Geschäftes hergestellt wissen wollen, dass sie bei Nichtigkeit einer Teilbestimmung das ganze Rechtsgeschäft nicht abgeschlossen hätten. Die Folge des § 139 tritt nur dann nicht ein, wenn anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde, die Parteien also bei teilweiser Nichtigkeit von Einzelbestimmungen nicht das ganze Geschäft zusammenfallen lassen wollten. Für Verträge enthält § 155 eine Regel, die auf die Fälle einer nur teilweisen Formerfüllung gesetzlich formeller Verträge anzuwenden ist. Hier haben sich die Parteien bei einem von ihnen als geschlossen angesehenen Vertrage über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit — wegen der Nichtformalisierung dieses Punktes — nicht geeinigt. Es gilt daher das Vereinbarte, d. h. in gesetzlicher Form Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne Bestimmung über den nicht formentsprechenden Punkt

geschlossen sein würde. Es kann also der Nachweis erbracht werden, dass der Vertrag, soweit es beurkundet ist, trotz mangelnder Beurkundung von Nebenberedungen nach der Parteiabsicht Giltigkeit haben soll. Es behalten dann die schriftlichen Vereinbarungen, sofern sie nur die nach dem Gesetze wesentlichen Elemente der betreffenden Vertragsart enthalten, ihre Giltigkeit.

Über das Schicksal der nicht formgerechten Punkte bestimmt das Gesetz nur: Sie sind nichtig.[1])

Cosack[2]) unterscheidet da, wo im Einzelfalle anzunehmen ist, dass die Hauptbestimmungen des Rechtsgeschäftes auch bei Ungiltigkeit der Nebenbestimmungen getroffen worden wären, zwischen den Fällen, in denen sich der Formzwang auf die Nebenbestimmungen ohne Rücksicht auf ihren Zusammenhang mit den Hauptbestimmungen und den Fällen, in denen sich derselbe auf die Nebenbestimmungen nur wegen ihres Zusammenhanges mit den Hauptbestimmungen erstreckt. In den letzteren Fällen sei das Rechtsgeschäft in seinem vollen Umfange, also auch bezüglich der nur mündlichen Nebenabreden, in den ersteren seien nur die Hauptbestimmungen giltig, die Nebenbestimmungen aber ungiltig.

Diese Unterscheidung ist im Gesetze nicht begründet. Wir stimmen Cosack, der offenbar von der Erwägung ausging, dass eine an sich formlos giltige Nebenberedung, z. B. ein Zinsversprechen dadurch nicht ungiltig werden könne, dass es Bestandteil eines gesetzlich-formellen Geschäftes wird, nur darin zu, dass im Falle der Formerstreckung auf Nebenbestimmungen ohne Rücksicht auf ihren Zusammenhang mit den Hauptbestimmungen nur die formellen Hauptbestimmungen giltig sind. Im übrigen sagen wir: Nach § 139 ist das Geschäft giltig, wenn anzunehmen ist, dass es auch ohne den formlosen, daher nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Der formlose Teil bleibt darnach unter allen Umständen nichtig. Nach § 155 gilt »das Vereinbarte«, d. h. in unserem Falle die der gesetzlichen Form entsprechenden Vereinbarungen, während die formlosen Punkte als solche anzusehen sind, über die eine Bestimmung nicht getroffen wurde. Sie können daher unter den Parteien keine Geltung haben. Nach dem Gesetze bleiben also, wenn anzunehmen ist, dass das beurkundete Geschäft ohne die formlosen Nebenbestimmungen vorgenommen sein würde, die formlosen Nebenberedungen auch dann ungiltig, wenn sie nur wegen ihres Zusammen-

[1]) Als Bestandteile des Rechtsgeschäftes, für welches als Ganzes die gesetzliche Form vorgeschrieben ist, sind sie als der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelnd, gem. § 125, Satz 1 nichtig. Unrichtig ist die Ansicht Scherers a. a. O. S. 214, nach der die Nebenberedungen durch die im übrigen gewahrte Form gedeckt seien.

[2]) Cosack I § 60 II 2a, b

hanges mit den Hauptbestimmungen der Urkundform bedurft hätten. Wenn sich A zum Verkaufe seines Hauses an B durch notariellen Vertrag und B zur sofortigen Bezahlung des Kaufpreises nach der Auflassung, soweit die Bezahlung des Kaufpreises verzögert wird, zur Bezahlung von 8% Zinsen verpflichtet, B hinterher mit der Bezahlung säumig ist und die Parteien den Vertrag geschlossen hätten auch ohne die nur mündliche Vereinbarung über die Höhe der Zinsen, so ist u. E. die Zinsstipulation ungiltig.

Wie wird nun die durch die Nichtigkeit solcher Nebenbestimmungen eröffnete Lücke ausgefüllt?

Es treten an ihre Stelle die ergänzenden gesetzlichen Bestimmungen (naturalia negotii) oder die nach billigem, den Parteiwillen berücksichtigenden, Ermessen erfolgende Regelung durch den Richter.[1])

Ist die Giltigkeitsform rechtsgeschäftlich und wird der Nachweis erbracht, dass die mündlichen Nebenberedungen neben den urkundlichen Vereinbarungen gelten sollten, so hat dieser von dem ihre Giltigkeit Behauptenden zu erbringende Beweis, wie bereits dargelegt, die Wirkung, dass Haupt- und Nebenberedungen gelten.

Haben die Parteien von vornherein ihre mündlichen Beredungen für bindend erklärt und erst nach dem Abschlusse des Rechtsgeschäfts dessen nachträgliche Beurkundung lediglich zu Beweiszwecken vereinbart, so gilt nicht die Regel des § 125, Satz 2: es sind also nicht im Zweifel die mündlichen in die Urkunde nicht aufgenommenen Beredungen nichtig, sie behalten im Zweifel ihre Geltung. Ein besonderer Beweis dafür, dass sie trotz der nur teilweisen Beurkundung Bestand haben sollen, ist hier überflüssig. Im Gegenteil muss, wer sich hier auf die Ungiltigkeit vorhergehender mündlicher Beredungen beruft, ihre Aufhebung durch neues Übereinkommen beweisen.

§ 8. Tatsächliche Form.

Das B. G.-B. regelt die gesetzliche und rechtsgeschäftliche Form. Dagegen trifft es keine Bestimmungen über jene Art der gewillkürten Form, die wir die „tatsächliche Form“[2]) nennen. Zwar beruht auch sie wie die rechtsgeschäftliche Form auf dem Willen der Partei, jedoch knüpft diese an die Wahrung oder Nichtwahrung der Form keinerlei rechtliche Folgen für die Giltigkeit des Rechtsgeschäftes. Ob die tatsächliche Form erfüllt wird oder nicht, soll im Gegensatz zur

[1]) Vgl. Planck, zu § 155, Dernburg § 140 II, Staub H.-G.-B., Anm. 49 zu § 350. — Man wird bei unserer Auffassung unter Umständen zu anderen Ergebnissen in praxi gelangen als Cosack.

[2]) Mot. I, S. 187.

rechtsgeschäftlichen Form nach dem Willen der Partei auch nicht einmal im Zweifel die Giltigkeit des Geschäfts berühren, ebensowenig sollen nicht in diese Art der Form gekleidete Nebenberedungen [1]) nichtig sein. Auch die Erfüllung des Geschäfts soll auf Grund der formlosen Vereinbarung unabhängig von der tatsächlichen Form erfolgen. Schliessen zwei Personen einen viele Gegenstände umfassenden Kaufvertrag, und macht sich die eine zur Unterstützung ihres Gedächtnisses Notizen über die von ihr verkauften Gegenstände so sind die darin nicht aufgenommenen Vereinbarungen über die Zeit der Lieferung giltig, die Lieferung von Waren, die aus Versehen oder absichtlich nicht in die Notiz aufgenommen wurden, erfolgte zu Recht.

Ob die gewillkürte Form im einzelnen Falle rechtsgeschäftlich oder tatsächlich sei, erhellt nur nach Prüfung der Tatumstände und Erforschung des wahren Parteiwillens.

Wie die tatsächliche Form keinen Einfluss auf die Giltigkeit des Geschäfts gewinnt und nach dem Parteiwillen die §§ 125, 126 B. G.-B. unanwendbar sein sollen, so gelten auch nicht die gesetzlichen Vorschriften über die Gestaltung gesetzlicher und rechtsgeschäftlicher Form für die nur tatsächliche Form. Ob die Partei die tatsächliche Schriftform unterzeichnet oder nicht, ob sie eine Unterschrift eigenhändig fertigt oder durch Druck herstellen lässt, ist ihre Sache.

Allein wenn auch die tatsächliche Form für das Zustandekommen des Geschäfts unerheblich ist, so ist sie in anderer Beziehung nicht gleichgiltig. Sie kann in und ausser dem Geschäfte eine Rolle spielen. Hat z. B. der Käufer bei dem Kaufe einer Reihe von Waren aus einem Warenlager sich während der Kaufsverhandlungen über die gekauften Sachen Aufzeichnungen gemacht, die der Verkäufer etwa nur aus Gefälligkeit unterzeichnet und leugnet dieser hinterher den Abschluss eines Kaufs über einzelne in die Aufzeichnung aufgenommene Waren im Prozess, so kann ihm der Käufer den Eid über den Abschluss zuschieben und ausserdem dem Richter seine Aufzeichnung vorlegen. In diesem Fall muss diese von dem Richter berücksichtigt werden, ehe er auf die Leistung des Eides durch den Verkäufer erkannt. Sobald dieser die Aufzeichnungen anerkannt, erübrigt sich die Eidesleistung.

Was die rechtliche Bedeutung der tatsächlichen Form ausserhalb des Prozesses betrifft, so ist zu betonen, dass tatsächlich formelle Erklärungen, rechtlich giltige Willenserklärungen enthalten können, wenn sie solche nach der Absicht des Erklärenden enthalten sollen. Daher ist es eine giltige Mahnung, wenn ein Gläubiger die an sich

[1]) Vgl. Cosack I, 4. Aufl., S. 202 II, Beispiel III.

formlose Mahnung in die Form einer durch die Schreibmaschine gefertigten, nicht (eigenhändig) unterzeichneten Schrift bringt. Der Satz, dass schriftliche nicht unterzeichnete Willenserklärungen ungiltig seien, ist dem B. G.-B. fremd.[1])

II. Besonderer Teil.

Gesetzliche und rechtsgeschäftliche Schriftform.

§ 9. A) Die gesetzliche Schriftform.

Wir haben schon im Eingange unserer Arbeit bemerkt, dass die Zahl der rechtsgeschäftlichen Formen unbeschränkt war und ist. Die Phantasie, das praktische Bedürfnis können Formen erfinden, soviel sie wollen. Die Zahl gesetzlicher Formen ist dagegen im B. G.-B. beschränkt auf folgende Arten:

1. Schriftform.
2. Notarielle oder gerichtliche Beurkundung.
3. Abschluss vor Gericht oder Notar.
4. Öffentliche Beglaubigung.

Ausführliche formelle Bestimmungen enthält das B. G.-B. ferner bezüglich der ordentlichen Formen des Testaments in den §§ 2231—2246 und bezüglich der ausserordentlichen Formen des Dorf-Quarantäne- und Seetestaments in den §§ 2249—2251, dann über die Form der Eheschliessung in §§ 1317 ff. mit § 41 ff. des Personenstandgesetzes, deren spezielle Erörterung sich im Rahmen dieser Arbeit erübrigt.

Über die öffentlichen Urkunden (§§ 1718, 1720) gibt das B. G.-B. keine Formbestimmungen.

Es soll nun eine vergleichsweise Darstellung der einzelnen gesetzlichen Formen mit den entsprechenden rechtsgeschäftlichen Formen folgen. Wir beginnen nach der Ordnung des Gesetzes mit einer Vergleichung der gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Schriftform.

§ 126 fordert für erstere, dass die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werde.

[1]) Vgl. dagegen bayr. Entw. I, Art. 16.

Urkunde ist die Verkörperung von Gedanken. Es liegt nicht in dem Wesen der Urkunde, dass sie aus einem bestimmten Stoffe bestehe. Zwar wird sie in der Regel aus Papier hergestellt sein, jedoch hindert nichts, Tierhäute, Baumrinden, Metallstücke oder Steine als Urkunden i. S. des § 126 anzuerkennen, wenn auf ihnen ein Gedanke verkörpert ist. Nicht erforderlich ist, dass der Gedanke in deutscher Sprache ausgedrückt sei, es genügt irgend eine lebende oder tote übersetzbare Sprache.[1])

Ebensowenig wie der Stoff der Urkunde ist der Stoff, mit dem die Schriftzeichen gefertigt werden, für den Begriff der Urkunde erheblich. Mag Tinte, Blei, Kreide oder Schiefer verwendet werden, man wird immer eine Schrift vor sich haben, und nur an dem einen Erfordernis muss, da die Urkunde Gedanken verkörpern soll, festgehalten werden, dass die Schrift auf eine Weise hergestellt wird, die Gewähr bietet für eine dauernde[2]) Erkennbarkeit der Schriftzüge. Schreiben in Sand, Teig, Schlamm ist daher ausgeschlossen.

Da das Gesetz Unterschrift fordert, ist eine mechanische Herstellung derselben, sei es durch Stempelung, Faksimilierung oder Schreibmaschine keine Unterschrift im gesetzlichen Sinne.[3]) Dies hängt damit zusammen, dass das Gesetz für die gesetzliche Schriftform gerade so viel fordert[4]), dass die Urkunde den Voraussetzungen einer nach § 416 Z.-P.-O. vollbeweisenden Privaturkunde entspricht. Nur eine Urkunde, die eine individuell geprägte Namensunterschrift oder ein gerichtlich oder notariell beglaubigtes Handzeichen trägt, hat Anspruch auf Giltigkeit i. S. des § 126.

Nach der Ansicht Dernburgs ist die Unterschrift mit stenographischen Zeichen nur als der gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung bedürfendes Handzeichen zu betrachten. Bedient sich der Aussteller bei der Unterschrift der Zeichen eines gebräuchlichen, weitverbreiteten stenographischen Systems, so wendet er nach unserer Ansicht eine Schrift im Sinne des Gesetzes an, wie auch derjenige, der sich der Schriftzeichen einer ausländischen Sprache bedient. Das Gesetz schreibt nicht die Anwendung deutscher oder lateinischer Buchstaben vor. Es kann auch kein Stenographiekundiger bezweifeln, dass wie bei dem Gebrauche deutscher so auch bei dem stenographischer Zeichen eine Individualisierung der Schriftzüge möglich ist und in der Tat stattfindet. Dagegen stimmen wir mit Dernburg überein, dass eine aus Ziffern bestehende Unterschrift — weil eine Geheimschrift enthaltend — nur als Handzeichen zu betrachten ist.

---

[1]) Abgesehen von ausdrücklichen, gesetzlichen Ausnahmen, wie § 43 H. G.-B.
[2]) Vgl. Hölder zu § 126.
[3]) Auch aus den Ausnahmen des § 793 B. G.-B., H. G.-B. § 181 ergibt sich die obige Regel.
[4]) Mot. I, S. 183 f.

Die Namenzeichnung muss sich als Unterschrift des Namens darstellen derart, dass sie den Inhalt der Erklärung deckt. Sie ist das Zeichen der Vollendung der Erklärung. Mit dem Erfordernis der Unterschrift ist nur ein örtliches nicht auch ein zeitliches Verhältnis zwischen Text- und Unterschriftfertigung aufgestellt. Das Gesetz hat es nicht für unzulässig erklärt, dass die Unterschrift zeitlich vor dem Texte auf die Urkunde gesetzt wird. Die Gründe derer[1]) welche die Ungiltigkeit von Blanketten behaupten, sind nicht stichhaltig. Man beruft sich aut die Geschichte der Entstehung, auf den Wortlaut des Gesetzes und auf seinen Zweck.

Loewe glaubt aus der Änderung des E III »muss die Urkunde ... unterzeichnet werden», während es im E I § 92, Abs. 1 hiess: »muss die Urkunde unterzeichnet sein», folgern zu dürfen, dass der Gesetzgeber durch diese Änderung die Ausschliessung des Blanketts beabsichtigte. Aber diese Annahme wird durch die Materialien des Gesetzes in keiner Weise unterstützt.

Ferner könne ein leeres Blatt nicht »unterzeichnet» werden. Diesem dem Wortlaute der Bestimmung entnommenen Argument gegenüber ist zu sagen, dass die Motive[2]) es für belanglos hielten, ob die Unterschrift dem Texte zeitlich voranging oder nicht. Sie waren unbedenklich für die Zulässigkeit des Blankette und weder einer der späteren Entwürfe noch das Gesetz traf für dieselben eine besondere Bestimmung, weil sie offenbar den Standpunkt der Motive nicht verlassen wollten. Weiter aber bezieht sich der Wortlaut des § 126 nicht auf die Blankette, sondern nur auf die im normalen Wege ausgestellten Urkunden, bei denen die Unterzeichnung der Textfertigung zeitlich nachfolgt. Es kann daher der Wortlaut des § 126 nicht für die Behandlung der Frage nach der Zulässigkeit des Blanketts herangezogen werden.

Endlich sagt Riezler, man komme durch Zulassung des Blanketts mit dem Zwecke des § 126 in Konflikt. Es ist allerdings einzuräumen, dass der Gesetzgeber Schriftlichkeit verlangte, um die Parteien vor übereilten, leichtsinnigen Erklärungen zu bewahren, und dass gerade Blankette oft in übereilter Weise gefertigt werden. Allein wollte man deshalb die Unterschrift auf leerem Zettel für ungenügend erklären, so müsste man auf die gleiche Weise in allen übrigen Fällen verfahren, in denen der Aussteller Erklärungen unterzeichnet, die er aus Leichtsinn, Bequemlichkeit, Vertrauensseeligkeit u. s. w. nicht gelesen hat. Der Aussteller einer ungelesenen Urkunde befindet sich in derselben Lage wie der eine Blankounterschrift Zeichnende: Beiden

[1]) Vgl. Riezler zu § 126, Loewe, S. 31.
[2]) Vgl. Mot I, S. 183 f.

ist der Text unbekannt, Beide erklären durch ihre Unterschrift das zu wollen, was über ihr steht, oder darüber als Text gesetzt werden wird. Ist aber eine Unterschrift desjenigen, der eine ungelesene Schrift unterzeichnet auch nach Ansicht der Blankettgegner giltig, so muss es auch die Namenszeichnung eines ein Blankett Unterschreibenden sein.

Wir sprechen uns mit der Mehrzahl der Schriftstellern und mit dem Reichsgericht für die Giltigkeit der Blankette aus. Gründe hiefür ergeben sich, wie gezeigt, aus den Motiven, den ihnen folgenden Entwürfen, dem Gesetze und aus der früheren Rechtsprechung.[1]) Hätte der Gesetzgeber von ihr abweichen wollen, so würde er nicht verfehlt haben, dies ausdrücklich zu erklären.

Die Unterzeichnung muss durch Namensunterschrift erfolgen. Ihr Zweck ist, nicht nur die Willenserklärung als eine abgeschlossene auszuweisen, sondern auch die Person des Ausstellers genügend zu kennzeichnen.

Es muss nicht mit dem Familiennamen unterzeichnet werden, wiewohl dies der Regel entspricht, auch die Zeichnung des blossen Vornamens, besonders bei erlauchten Personen und zwischen Verwandten entspricht dem Gesetze. Die Urkunde ist aber nicht vollzogen, wenn der Aussteller seinen Familiennamen dazusetzen wollte, aber einstweilen nur seinen Vornamen geschrieben hat. Unterzeichnung mit einer Firma oder einem Pseudonym genügt im allgemeinen Bei holographen Testamenten jedoch wird die Praxis die Unterschrift mit dem Pseudonym für ungenügend erachten. Unzulässig wäre die Unterschrift nur unter Angabe eines Verwandschaftsgrades oder eines Amtes, z. B. „Dein Onkel“, „Der Direktor“, ferner Unterzeichnung oder Siegelung mit einem Bilde (z. B. Wolf) anstatt des Namens.

Ist die Unterschrift ungiltig, wenn sie unleserlich ist?

Es wird allerdings nicht als Namensunterschrift anzusehen sein, wenn der Unterzeichner mit dem Namen unterzeichnen wollte, während er in Wirklichkeit nur Buchstaben unähnliche Federstriche zu Papier gebracht hat, denn die Unterscheidung zwischen Unterschrift und Handzeichen ruht auf objektiven Grundlagen, nicht auf dem Willen des Unterzeichnenden: Die Schrift besteht aus lesbaren Zeichen, das Handzeichen aus beliebigen sonstigen Zeichen. Man darf daher nicht mit Riezler[2]) so weit gehen, zu sagen, die Leserlichkeit der Unterschrift sei objektiv nicht erforderlich, sodass auch eine Unterschrift den Anforderungen des Gesetzes entspräche, die niemand lesen kann.

[1]) R.-G., Bd. 14, S. 297, Bd. 15, S. 55, Bd. 17, S. 117, Bd. 27, S. 272.
[2]) Riezler zu § 126.

Ebenso extrem erscheint die Ansicht Michels[1]), eine Namensunterschrift, die der Richter nicht lesen könne, sei gesetzwidrig.

Die Unleserlichkeit erscheint uns nicht als etwas objektiv für alle gleichmässig bestehendes, sondern als etwas Persönliches. Kann der Richter eine Unterschrift nicht entziffern, so wird es ein Dritter vermögen. Man wird sich damit zu begnügen haben, dass die Unterschrift den Buchstaben des Namens annähernd entspricht. Sie darf nicht bloss aus einem Teil oder einigen Buchstaben desselben bestehen, sie muss ein die Person des Ausstellers bezeichnendes Wort wiedergeben.[2])

Die Unterschrift muss eine eigenhändige sein, d. h. auf eine freiwillige körperliche Tätigkeit, die nicht notwendig mit der Hand zu erfolgen braucht, zurückzuführen sein. Auch die Unterschrift eines der Hand Beraubten, der mit dem Fusse oder Mund unterzeichnet oder die Unterzeichnung mit Führung der Hand ist eigenhändig. Angesichts des Erfordernisses der Eigenhändigkeit hat sich in der Wissenschaft ein Kampf der Meinungen darüber abgespielt, ob ein vertretungsberechtigter Dritter als Bevollmächtigter mit seinem Namen zu unterschreiben habe, oder mit des Machtgebers Namen unterzeichnen könne.

Angesehene Rechtslehrer und Praktiker[3]) sind der ersteren Ansicht. Die Ausführung der Unterschrift durch einen Vertreter widerspreche der tatsächlichen Bedeutung des Begriffes der »Eigenhändigkeit«; es sei unter Aussteller derjenige zu verstehen, der die Erklärung selbst abgegeben habe, nicht der, in dessen Namen sie abgegeben werde; ebenso wie der Aussteller, der die Erklärung in seinem eigenen Namen abgebe, die Urkunde mit seiner Namensunterschrift eigenhändig zu unterzeichnen habe, müsse auch der als Aussteller geltende Vertreter mit seinem Namen eigenhändig unterzeichnen.[4])

Dagegen kann man erwidern; § 126 berücksichtigt den Fall der Vertretung nicht. Er kann daher nicht für die Beurteilung unserer Frage herangezogen werden. Aber selbst wenn man sich trotzdem auf ihn berufen will, bietet sein Wortlaut keinen zwingenden Anlass zu der Annahme, der Vertreter müsse mit seinem eigenen, nicht des Vertretenen Namen unterzeichnen. Das Gesetz verlangt »Unterzeichnung durch Namensunterschrift«, lässt es also offen, ob dies die Namensunterschrift des Vertreters oder des Vertretenen sein müsse.[5])

---

[1]) Michels in der deutschen Juristenzeitung 1903, S. 141 f.
[2]) Dernburg § 136, Hölder § 127, Endemann, Lehrbuch § 65, Anm. 9.
[3]) Planck, Bem. 2 zu § 126, Dernburg II, S. 250, I. S. 412, Hölder zu § 126, Rehbein I. S. 156, Endemann, S. 34, Riezler zu § 126, Weyl I 238, Loewe, S. 27, Rotmann, S. 27.
[4]) Müller in der deutschen Juristenzeitung 1900, S. 497.
[5]) Staub, Kommentar zum H.-G.-B., 6. u. 7. Auflage, § 51, Anm. 2 u. § 350, Anm. 8.

Ferner hat die frühere Rechtsprechung[1]) die Unterzeichnung des Vertreters mit des Vollmachtgebers Namen zugelassen. Das Schweigen der Materialien und des Gesetzbuchs gegenüber dieser Rechtsprechung darf als Billigung derselben betrachtet werden. Endlich hat Dernburg[2]) mit Recht darauf hingewiesen, dass für die Zulassung der Unterzeichnung des Vertreters mit dem Namen des Vertretenen ein lebhaftes Verkehrsinteresse spreche: es würde die Verkehrssicherheit gefährdet, wenn ein Machtgeber einen aus seinem Geschäfte auftragsgemäss ausgestellten Verpflichtungsschein verleugnen dürfte, weil sein Bevollmächtigter mit dem Namen des Vollmachtgebers unterzeichnet habe.

Für die Rechtmässigkeit einer solchen Namensunterschrift hat sich auch das Reichsgericht[3]) in Bd. 50, S. 51 ff. ausgesprochen, sodass die Frage für die Praxis wenigstens entschieden ist.

Eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnen kann auch der Blinde, wenn ihm der Inhalt der Urkunde durch eine Vertrauensperson bekannt gemacht wurde. Unterzeichnet er unter solchen Umständen, so ist er rechtlich nicht anders daran, wie ein unterzeichnender Analphabet, ein schriftunkundiger Ausländer. Der Begriff »blind sein« schliesst nicht in sich das »Nichtschreibenkönnen».[4]) Nur eine Ausnahmebestimmung gegenüber der eben gekennzeichneten allgemeinen Regel enthält § 2247. Mit Rücksicht auf die besonders hervorragende Bedeutung des Testaments kann der Blinde als eine Person, die Geschriebenes nicht zu lesen vermag, das Testament nur durch mündliche Erklärung errichten. Eine allgemeine Vorschrift, welche dahingeht, dass Personen, die Geschriebenes nicht zu lesen vermögen, nicht giltig durch Namensunterschrift eigenhändig unterzeichnen können, besteht in unserem Rechte nicht.

Die Unterzeichnung kann auch durch gerichtlich oder notariell beglaubigtes Handzeichen geschehen. Es lag bei Beratung des E I § 92 ein Antrag[5]) vor, »öffentliche» Beglaubigung anstatt gerichtliche oder notarielle zu setzen. Derselbe wurde aber mit Rücksicht auf die geringe Zuverlässigkeit der ländlichen Behörden und mit der weiteren Begründung, dass mit Zulassung dieses Antrags die durch den damaligen § 387 Z.-P.-O. erreichte Rechtseinheit aufgehoben würde, abgelehnt.

Die Anwendung des Handzeichens setzt nicht voraus, dass der Unterzeichner am Schreiben verhindert, gebrechlich, oder des Schreibens unkundig sei. Das Gesetzbuch stellt den Grundsatz der freien Wahl

[1]) R. O. H. G. 5, S. 263, R.-G. 4, S. 307.
[2]) Dernburg § 136 III 4.
[3]) Auch Cosack § 67 II 4, 4. Auflage, Neumann, Handausgabe des B. G.-B. zu § 126.
[4]) A. M. Schultze-Görlitz zu § 177. G.-F.-G., Anm. 3.
[5]) Prot I, S. 89 f. Jukubetzky, Bemerkungen S. 22.

zwischen eigenhändiger Namensunterschrift und beglaubigtem Handzeichen auf. Dass dadurch für Blinde und sonstige Gebrechliche eine grosse Gefahr bestehe,[1] weil ein Schreibenskundiger sein beglaubigtes Handzeichen hinterher ableugnen könne, ist nicht zuzugeben. Die gleiche Gefahr droht auch dem gesunden Kontrahenten. In Wirklichkeit aber ist eine »Gefahr« schon deshalb nicht vorhanden, da die Kosten der Beglaubigung die skrupellose Partei von solcher Handlungsweise in den meisten Fällen abhalten werden.

In der Regel wird das Handzeichen eigenhändig gefertigt. Jedoch dürfte eine Stempelung[2]) seitens des Ausstellers weder dem Wortlaute noch dem Geiste des Gesetzes widersprechen, wenn der Beglaubigungsvermerk die Stempelung konstatiert. Denn wenn ein Handzeichen aus beliebigen Linien, irgend welchen Strichen bestehen kann, die eine Individualisierung der zeichnerischen Tätigkeit nicht mit sich bringen, so wird die beglaubigte Stempelung als ein mindestens den gleichen Erfolg herbeiführendes Verfahren auch zuzulassen sein.

Das B. G.-B. kennt in Ansehung der gesetzlichen Schriftform keine Sondervorschriften für Blinde, Stumme, Taubstumme, Gebrechliche, Analphabeten, Sprachunkundige. Einige Anträge[3]), welche bezweckten, dass solche Personen nur insofern aus ihrer Unterzeichnung sollten verpflichtet werden, als ihnen nachgewiesen wird, dass der Inhalt des Schriftstücks ihrem Willen entspricht, bezw. vorgelesen oder verdolmetscht wurde, wurden mit Recht bei den Beratungen des Gesetzes abgelehnt. Die Ablehnung lag im Interesse dieser Personenklassen, da man sonst entweder eine Kontrahierung mit ihnen vermieden oder ihnen die Kosten einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung aufgebürdet hätte. Die bezeichneten Personen haben das Anfechtungsrecht nach den §§ 119 ff.

Bei einem Vertrage muss die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und das Verkehrsbedürfnis gestattet jedoch das Gesetz, abweichend von den Lehren des gemeinen Rechts,[4]) nach dem Vorbilde des § 825 des

---

[1]) Wie Loewe S. 37 ausführt.
[2]) Planck zu § 126, Düringer-Hachenburg, S. 13; A. M. Dernburg I, S. 414
[3]) Reichstagsbericht No 440; hiezu vgl. auch Jakubetzky a. a. O. S. 21.
[4]) Die gemeinrechtliche Lehre verlangte Unterzeichnung derselben Urkunde durch alle Parteien; Unterzeichnung mehrerer gleichlautender, für die Gegenpartei bestimmter Urkunden durch je eine Partei konnte den Vertrag nicht zustande bringen. Sie befindet sich hier wiederum nicht in Uebereinstimmung mit den Sätzen des altrömischen Rechts, welches die Unterschrift überhaupt nur bei der von fremder Hand geschriebenen Vertragsurkunde verlangte und zwar nur die einseitige Unterschrift des Ausstellers der Urkunde, welche von dem Gegner angenommen wurde. Ferner liess das römische Recht die Unterschrift beider Kontrahenten je auf einer Urkunde zu, wenn der Vertrag von beiden Seiten durch Begebung je einer Urkunde geschlossen wurde. Vgl. Brunner, zur Geschichte der römischen und germanischen Urkunde, S 57 f; Thöl. a. a. O. § 244, S. 764; ferner Regelsberger, Pandekten S 497; Tränkner, S 326, Eck S. 27.

sächsischen Gesetzbuchs die Aufnahme mehrerer gleichlautenden Urkunden, von denen jede Partei die für die andere bestimmte unterzeichnet.

Nach dem B. G.-B. ist also die schriftliche Vertragsform ihrem Wesen nach zweiseitige Schriftlichkeit. Beide Parteien haben zu unterzeichnen, mag auch nur eine von ihnen verpflichtet werden. Dieser Grundsatz würde aber im Verkehr nicht verstanden worden sein. Man hätte nicht begreifen können, wie z. B. bei einem Bürgschafts-Vertrage nicht nur der Bürge, sondern auch der Gläubiger, dem gegenüber er sich verpflichtet, zu unterzeichnen habe. Es wurde daher bei der Beratung des E I ein Antrag gestellt, es solle bei einem zweiseitigen Vertrage die Unterzeichnung derjenigen Partei genügen, welche für die andere Rechte begründet oder anderweitige Vorteile schafft.[1]) Die Kommission für die zweite Lesung lehnte den Antrag ab. Damit ist der Grundsatz der zweiseitigen Schriftlichkeit im Gesetze aufrecht erhalten. Jedoch sind seine Ausnahmen so zahlreich,[2]) dass wenigstens praktisch von einem Prinzip der beiderseitigen Schriftlichkeit für Verträge kaum gesprochen werden kann. Nur der für länger als ein Jahr geschlossene Miet- und Pachtvertrag (§§ 566 und 581) bedarf der Unterzeichnung durch beide Kontrahenten.

Seine Bedeutung behält § 126, Abs. 2 für künftige Rechtsgesetze, in denen für Verträge schlechthin Schriftlichkeit vorgeschrieben ist. Dann haben beide Parteien zu unterzeichnen, mag auch nur eine von ihnen aus dem Vertrage verpflichtet werden.

Gleichlautend müssen die mehreren Vertragsurkunden sein, blosse inhaltliche Übereinstimmung entspräche nicht dem gesetzlichen Erfordernisse. Es ist daher für die gesetzliche Schriftform der Briefwechsel[3]) im gewöhnlichen Sinne ausgeschaltet. Dies geschah mit Rücksicht darauf, dass das Gesetz nur bei besonders wichtigen Verträgen die Schriftform will und dass Briefe hinsichtlich des Umfangs der Willensübereinstimmung, der Feststellung des Vertragsobjektes und über die Frage, ob man über das Stadium blosser Vorverhandlungen hinaus schon zum endgiltigen Vertragsabschluss gekommen sei, sehr häufig Zweifel übrig lassen.[4])

Jedoch ist ein vom Absender an den Gegenkontrahenten geschickter und von diesem unterzeichneter Brief eine Vertragsurkunde i. S. des § 126, Abs. 2. Auch können die Parteien zwei gleichlautende Briefe unterzeichnen.

---

[1]) Prot I, S. 91.
[2]) §§ 518, 766, 761, 780, 781.
[3]) Denkschrift s. S 37.
[4]) Briefform für einseitige Erklärungen ist zulässig, wenn sie dem § 126 entspricht.

Gleichlautend sind die mehreren Urkunden trotz des Bestehens von Schreibfehlern in einer derselben oder unwesentlichen Textverschiedenheiten.

Der E I hatte bei gesetzlicher Schriftform für ein- und zweiseitige Rechtsgeschäfte telegraphische Übermittlung zugelassen. Es wurde aber diese Bestimmung nicht Gesetz, wegen der durch sie herbeigeführten ungenügenden Beweissicherung und des zu geringen Schutzes vor Übereilung.

Ein Vertragsschluss durch gewechselte, gleichlautende unterschriebene Telegramme entspricht nicht der gesetzlichen Schriftform, denn das Gesetz will, dass jede Partei die für die andere bestimmte Urkunde unterzeichnet. Die Originalschrift ist aber nicht für die Gegenpartei, sondern für das Telegraphenamt bestimmt. Durch die Zulassung gleichlautender unterschriebener Telegramme würde ausserdem der Partei keine eigenhändig unterzeichnete Urkunde, kein sicheres Beweismittel in die Hand bekommen, was der ratio legis zuwiderlaufen würde. Auch argumento e contr. aus § 127 erhellt die Unzulässigkeit solcher telegraphischer Übermittelung für die gesetzliche Schriftform.[2])

Wird der schon unterzeichneten Urkunde eine nicht unterschriebene Nachschrift angefügt, auf die der unterschriebene Text nicht Bezug nimmt, so genügt dies nicht, da die Unterschrift durch ihre Stellung die Nachschrift nicht deckt. Nachträgliche Änderungen des Textes ohne Wiederholung der Unterschrift sind dagegen nicht wirkungslos. Wie beim Blankett die Unterschrift vor dem Texte gezeichnet werden kann, so kann sie auch vor der Änderung des Textes mit Wirksamkeit für diese auf die Urkunde gesetzt werden, wenn nur die Parteien darüber einig sind, dass sich die vor Textänderung gefertigten Unterschriften auch auf die Änderung mitbeziehen soll[3]).

Der Austausch der Urkunden ist nicht Formerfordernis, wohl aber kann er Voraussetzung für das Zugehen der Urkunden sein (§ 130 B. G.-B.).

§ 10. B) Die rechtsgeschäftliche Schriftform.

Ist durch Rechtsgeschäft die Schriftform bestimmt, so gelten im Zweifel die Vorschriften des § 126, es beanspruchen also die über die gesetzliche Schriftform gemachten Ausführungen Anwendung, wenn

[1]) Noch weiter ging Gierke: „Der Entwurf", S. 165, welcher auch bei gesetzlicher Schriftform briefliche und telegraphische Willensübereinstimmung dem Inhalte nach als genügend empfahl

[2]) A M Dernburg I § 136, Anm 22

[3]) R.-G., Bd. 27, S. 269.

nicht aus den Umständen ein anderer Wille sich ergibt. Wird einfach „Schriftform" verabredet, so gilt § 126. Jedoch können die Parteien abweichendes vereinbaren: Es richtet sich also die Beschaffenheit der gewillkürten Schriftform nach dem Inhalte der rechtsgeschäftlichen Festsetzung[1]).

Im Einzelnen ergibt sich folgendes: Die Parteien können, soweit nicht das Gesetz eine Form vorschreibt, die gesetzliche Schriftform erleichtern oder erschweren. Sie können insbesondere von dem Erfordernisse der geschriebenen Unterschrift absehen und sich mit Stempelung, Druck oder irgend einer anderen Art mechanischer Vervielfältigung begnügen, oder die Unterschrift durch irgend einen dritten Beauftragten für zulässig vereinbaren, anstatt der Namensunterschrift die Unterschrift mit einem bestimmten Schlagwort oder einem nichtbeglaubigten Handzeichen, einem Bilde, Siegel oder für die Namensunterschrift einen blossen Quervermerk, eine Namenszeichnung über dem Text treten lassen. Geheimschrift oder Verwendung von Ziffern können Buchstaben ersetzen. Die Parteien können von der Unterschrift ganz oder nur bezüglich der Nachträge absehen, bei gegenseitigen Verträgen sich mit der Unterschrift nur einer Partei begnügen.

Umgekehrt steht es in ihrem Belieben die gewillkürte Schriftform durch Zuziehung von Zeugen, Siegelung usw. zu erschweren.

Dass sie eine von der gesetzlichen abweichende Gestaltung beabsichtigen, muss im Streitfalle beweisen, wer sich auf diese beruft, denn die Vermutung spricht für die Vereinbarung der gesetzlichen Formgestaltung.

Abgesehen von diesen als Beispielen angeführten Erschwerungen und Erleichterungen, die von den Parteien nach freier Übereinkunft gehäuft werden können, gewährt das Gesetz selbst in Satz 2 des § 127 aus Rücksicht auf die Bequemlichkeit des Verkehrs und den mutmasslichen Parteiwillen zwei Formerleichterungen

1. die telegraphische Übermittelung,
2. bei einem Vertrage Briefwechsel.

Schon der E. II. hat von der Notwendigkeit eigenhändiger Unterschrift auf der Aufgabeschrift Abstand genommen[2]). Weder diese noch ein ihr zu Grunde liegendes anderes Schriftstück ist zu unterschreiben. Es ergibt sich überhaupt aus dem Begriffe der telegraphischen Übermittelung, dass es einer schriftlichen Erklärung seitens des Ausstellers gar nicht bedarf. Die Schriftform und damit auch die eigenhändige Unterschrift wird eben ersetzt durch die telegraphische Übermittelung, d. h. dadurch, dass dem Adressaten eine nicht durch

[1]) Mot. I., S. 187.
[2]) A. M. Cosack, § 60 c III.; Gareis zu § 127.

den Erklärenden, sondern kraft dessen Anweisung durch das Telegraphenamt ausgestellte Urkunde zugeht. Auch das vom E. J. aufgestellte Erfordernis des Gleichlautes der Telegramme beim Vertragsabschluss wurde als Fessel des Verkehrs beseitigt.

Bei den schlimmen Erfahrungen, die man dem Vertragsschluss durch Briefwechsel[1]) zu verdanken hatte, war der Gesetzgeber dem Vertragsschluss durch Briefwechsel nicht zugetan. Erst in letzter Stunde hat der Reichstag mit Rücksicht darauf, dass der telegraphische Verkehr nicht günstiger behandelt werden dürfe als der Briefwechsel „bei einem Vertrage Briefwechsel" als zur Wahrung der rechtsgeschäftlichen Schriftform für genügend erklärt. Die Bestimmung wurde dann Gesetz.

Meinungsverschiedenheiten bestehen darüber, ob beim Briefwechsel mit dem Namen unterschrieben werden müsse oder nicht. Eine nicht unerhebliche Zahl von Schriftstellern[2]) gehen von der Notwendigkeit der Namensunterschrift aus, weil sie dem Geschäftsverkehr entspreche, und durch Gestattung des Briefwechsels für Vertragserklärungen eine Ausnahme nur von der Notwendigkeit des Gleichlautes der Urkunden (§ 126 Abs. 2) statuiert werden sollte. Allein die Vorgeschichte und der Text des Gesetzes scheinen mit dieser Auffassung nicht in Einklang zu stehen. Verlangt man bei telegraphischer Übermittelung keine eigenhändige Namensunterschrift, so darf man diese Forderung auch nicht für den Briefwechsel aufstellen, der doch nicht schlechter gestellt sein sollte als die telegraphische Übermittelung. Auch der Gesetzestext bietet für unsere Auffassung eine Stütze: Satz 1 des § 127 nimmt Bezug auf die Vorschriften des § 126. Sie sollen im Zweifel auch für die rechtsgeschäftliche Form gelten, jedoch genügt zur Wahrung derselben telegraphische Übermittelung und bei einem Vertrage Briefwechsel, d. h. jedoch weichen die Vorschriften des § 126 bei telegraphischer Übermittelung und beim Briefwechsel für Verträge. Zu den weichenden Vorschriften gehört aber auch die der eigenhändigen Namensunterschrift. Dazugenommen werden mag noch die Bemerkung Riezler[3]), dass das B. G.-B. von der Formfreiheit als Grundsatz ausgehe und die Verneinung der Formerschwerung im Verkehrsinteresse liege.

Man wird die Unterschrift um so leichter entbehren können, als das Gesetz den Parteien einen Anspruch auf nachträgliche Beurkundung, gemäss § 126 Abs. 1, einräumt. Dadurch soll der Gegner in den Besitz einer vollbeweisenden Urkunde i. S. des § 416 Z.-P.-O.

[1]) Vgl S. 35.
[2]) Cosack § 60 III. 1; Endemann S. 305, Anm. 29; Hölder, Erl. 3 zu § 127; Gareis, Anm. 3 zu § 127; Enneccerus I. § 70, S. 184; Kisch in Grünhuts Zeitschr., Bd. 29, S. 347.
[3]) Riezler a. a. O, § 127 Anm. 2 b.

gelangen. Er hat das Recht, auf Erfüllung der Beurkundung[1]) nach § 126 zu klagen. Es ist aber nicht an dem, als ob die Parteien nicht schon durch die telegraphische Übermittelung oder den Briefwechsel an ihre Erklärungen gebunden wären, denn diese „genügen" zur Wahrung der Form.

Dass bei der im Gesetze für die rechtsgeschäftliche Schriftform vorgesehenen völligen Gleichstellung zwischen Briefwechsel und telegraphischer Übermittelung eine briefliche Offerte telegraphisch angenommen werden kann und umgekehrt, erscheint unzweifelhaft.

§ 11. Die übrigen Formen des B. G.-B. in ihrem Verhältnis zu den gleichartigen rechtsgeschäftlichen Formen.

Das B. G.-B. kennt neben der von ihm erschöpfend normierten Schriftform einige Formen, bei denen ausser dem Erklärenden selbst noch dritte Personen mitzuwirken haben. Dazu gehören die gerichtliche oder notarielle Beurkundung, die öffentliche Beglaubigung, die Errichtung von Verträgen vor Gericht oder Notar oder einer anderen Behörde, die beiden Fälle der öffentlichen Urkunde in den §§ 1718, 1720. Diese Formen werden zwar vom B. G.-B. genannt, von ihm teils garnicht, teils nicht erschöpfend geregelt. Ihre Normierung finden sie zum Teil im G.-F.-G. Aber auch dieses will nicht das ganze Beurkundungswesen regeln. Prinzipiell bleibt dies Sache der Landesgesetzgebung[2]) und nur soweit es die einheitliche Durchführung des Reichsrechts erheischte, traten die Vorschriften des G.-F.-G. ein. Es trifft in seinem 10. Abschnitte Bestimmungen über gerichtliche und notarielle Urkunden, die über Rechtsgeschäfte[3]), nicht auch über andere Tatsachen errichtet werden.

Wenn wir nun eine Gegenüberstellung der einzelnen genannten gesetzlichen Formen mit den entsprechenden rechtsgeschäftlichen ins Werk setzen wollen, so erhebt sich sofort die Hauptfrage, ob die Parteien gegenüber diesen Formen irgend welche Verfügungsmöglichkeit haben. Sind sie an die gesetzliche Regelung nicht nur für den Fall der Beurkundung gesetzlich-formeller Geschäfte sondern auch dann an dieselbe gebunden, wenn sie eine solche Form für ein gesetzlich

[1]) Dass eine solche Beurkundung über einen schon abgeschlossenen Vertrag nicht nur Beweisfunktion habe, sondern immer Dispositivurkunde sei, mag ihr Inhalt mit dem geschlossenen Vertrag übereinstimmen oder nicht, hat Degenkolb im Arch. f. d. ziv. Prax, Bd 71, S. 159 f, überzeugend nachgewiesen. Dagegen neuerdings P Meyer, Diss.: Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion. Mit Degenkolb auch Bähr in Iherings Jahrbüch., Bd. XIV., S. 38 f.

[2]) Vgl. Kommissionsbericht zum G.-F.-G., S. 288, der im Heymannschen Verlag erschienenen Ausgabe des G.-F.-G.

[3]) Daselbst Denkschrift zum G.-F.-G., S. 143; Dorner, das Reichsgesetz über die Angelegenheiten des G.-F.-G., S. 568.

formloses oder nur einer leichteren Form bedürfendes Rechtsgeschäft wählen, oder haben sie die rechtliche Macht, sich über die gesetzliche Normierung hinwegzusetzen?

Die Antwort auf diese Frage können wir uns nur erholen, wenn wir die Natur der gesetzlichen Bestimmungen im 10. Abschnitte des G.-F.-G. und die Materialien des Gesetzes berücksichtigen.

Die Vorschriften über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind ihrem Wesen nach nicht reine Form- sondern Verfahrensschriften[1]). Sie regeln das Verfahren, dem die Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu folgen haben. Diese Verfahrensvorschriften sind absolutes, nicht dispositives Recht. Das Gesetz wollte die Parteien nicht mit der rechtlichen Macht ausstatten, eine eigene von der gesetzlichen verschiedene Formbestimmung zu treffen, sie zu verstärken oder zu erleichtern. Nur auf die vom G.-F.-G. nicht in das Gewand von Mussvorschriften gekleideten Bestimmungen (G.-F.-G. §§ 173, 176 Abs. 3, 177 Abs. 1 Satz 2, 179 Abs. 4) können die Parteien bei gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Form rechtswirksam verzichten[2]). Im übrigen sind die Vorschriften des 10. Abschnittes unabänderliches, zwingendes Recht und bleiben es auch, wenn die Parteien aus freiem Willen ein Rechtsgeschäft zu einem über die einfache Schriftlichkeit hinausgehenden, formalisierten machen. Dies will wohl auch der Satz der Denkschrift zum G.-F.-G. sagen: „Übrigens finden die Vorschriften des Entwurfes nicht nur auf diejenigen Rechtsgeschäfte Anwendung, hinsichtlich deren ausdrücklich gerichtliche oder notarielle Beurkundung durch Gesetz oder Rechtsgeschäft vorgesehen ist, sondern sie greifen auch dann Platz, wenn eine Erklärung, die nur der öffentlichen Beurkundung bedarf, im einzelnen Falle von einem Richter oder Notar beurkundet wird.“[3])

So wenig die Parteien ein Recht haben, die gesetzlichen Vorschriften und Formerfordernisse zu mindern, sind sie zu ihrer Vermehrung oder Erschwerung berechtigt, ohne Unterscheidung zwischen gesetzlicher und rechtsgeschäftlicher Form. Von einem Rechte des Beteiligten auf Formerschwerung kann schon deshalb nicht gesprochen werden, weil der Notar oder das Gericht nicht verpflichtet sind, dem Ersuchen um Formerschwerung, z. B. um Führung eines über die Anforderungen des § 179 G. F.-G. hinausgehenden Nebenprotokolls in fremder Sprache für den der deutschen Sprache nicht Mächtigen, zu

[1]) Schneider: G.-F.G., 2. Aufl 1901. S. XII. Dorner, S. XII.: „Bedeutung eines Verfahrensgesetzes für alle aus den privatrechtlichen Vorschriften des Reichs sich ergebenden Angelegenheiten der f. G.“ S. 3: Die f. G. eine Art des ordentlichen Rechtsweges. Birkenbihl, S. 2.

[2]) Dieser Verzicht beseitigt die sonst aus der Nichtbeobachtung von Sollvorschriften entstehende Verantwortlichkeit des beurkundenden Beamten.

[3]) Denkschrift, S. 142 in Heymanns Verlag.

entsprechen. Der beurkundende Beamte darf die Beurkundung ablehnen, wenn der Beteiligte auf seinem Ersuchen beharrt. Also nur tatsächlich, d. h. unter der Voraussetzung der Zustimmung der dazu nicht verpflichteten Urkundsperson, nicht kraft Rechtens können die Beteiligten die gesetzliche Normierung erschweren. Da für den Regelfall der Beamte einer Formerschwerung abgeneigt sein wird, sei es aus gesetzlichen oder persönlichen Gründen, so wird auch die Form eines formalisierten gesetzlich formlosen Rechtsgeschäftes regelmässig mit der gesetzlichen Regelung der Form übereinstimmen. Es beziehen sich daher die folgenden Ausführungen auf die gesetzliche und rechtsgeschäftliche Form zusammen.

§ 12. Gerichtliche und notarielle Beurkundung und Abschluss bei gleichzeitiger Anwesenheit.

Der E I und II und die Mot I, S. 186 haben die öffentliche Beurkundung nicht geregelt, da sie ein Bedürfnis hiefür nur für die über Verfügungen von Todeswegen aufzunehmenden Urkunden anerkannten, erst die Beratungen des E II hatten die Einsetzung einer Subkommission zur Folge, deren Vorlage für die Normierung im B. G.-B. (§§ 128, 129) massgebend wurde.

Schon die Motive nahmen Bezug auf die Scheidung zwischen der Schliessung eines Vertrags vor Gericht und Notar und der Errichtung eines Vertrags in gerichtlicher oder notarieller Form (jetzt Beurkundung). Im ersten Falle haben die Parteien bei gleichzeitiger Anwesenheit vor Gericht oder Notar ihre Erklärungen mündlich anzugeben, im zweiten ist es dagegen nicht ausgeschlossen, dass jeder der Vertragschliessenden seine Erklärungen für sich vor Gericht oder Notar abgibt[1]). Diese Duplizität der Form ging auch in das Gesetz über. Als Regel gilt die Beurkundung in dem Sinne, dass der Vertrag auch unter Abwesenden geschlossen werden kann. Nur ausnahmsweise wird wegen der Wichtigkeit und Bedeutung der Abmachungen gleichzeitige Anwesenheit der Parteien[2]) verlangt, da bei dieser Gestaltung der Form alle Vorteile erreichbar sind, welche die Mitwirkung von Gericht und Notar bieten können, insbesondere ist hier das wirkliche Zustandekommen der Willenseinigung, der Schutz vor Übereilung, vor missbräuchlicher Beeinflussung des einen Teils durch den anderen garantiert.

[1]) Prot V., S. 437 f.

[2]) Bei der Auflassung § 925, Bestellung eines Erbbaurechts § 1055, der Eheschliessung § 1317, Eheverträgen § 1434, Erbverträgen, Annahmen an Kindesstatt und deren Aufhebung §§ 2276, 2290 Abs. 4 u. 1750, 1770.

Für die Regel genügt also zunächst die Beurkundung des Antrags und sodann der Annahme. Das Gesetz blieb bei dieser Form, welche von einer Beurkundung des Zugehens des Antrags auf Betreiben des Antragenden und der Annahme auf Betreiben des Annehmenden, von der Beurkundung des rechtzeitigen Zugehens der Annahme absieht, mit Recht, da ein weitergehender Beurkundungszwang zu verkehrshemmend wirken würde[1]). Diese Regelform ist auch zu beachten, wenn die Parteien gerichtliche oder notarielle Beurkundung vereinbart haben. Abschluss bei gleichzeitiger Anwesenheit ist nur nötig, wenn aus den Umständen ein hierauf gerichteter Wille erhellt[2]).

Wenn nichts anderes bestimmt ist, kommt der unter Abwesenden geschlossene Vertrag nicht erst mit dem Zugehen der Annahmeerklärung an den Antragenden, sondern schon mit der Beurkundung der Annahme zustande. Es erübrigt sich daher der Beweis des rechtzeitigen und mit Willen des Annehmenden erfolgten Zugehens der Annahme (§ 152).

Das G.-F.-G. hat für die gerichtliche Beurkundung von Rechtsgeschäften, unter welcher auch der Abschluss vor einem Gericht als Unterart der gerichtlichen Beurkundung zu verstehen ist, die Amtsgerichte für zuständig erklärt.

Was die Zuständigkeit der Notare betrifft, so sind durch Art. 141 E.-G. z. B. G.-B. die Landesgesetze ermächtigt zu bestimmen, dass für die Beurkundung von Rechtsgeschäften, die nach den Vorschriften des B. G.-B. gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedürfen, entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sein sollen, weil es in mehreren deutschen Staaten kein Notariat gibt, in anderen die gerichtliche Zuständigkeit für die Beurkundung von Rechtsgeschäften fehlt. Diese Vorschrift darf wohl auch auf die durch andere Reichsgesetze vorgeschriebene gerichtliche oder notarielle Beurkundung erstreckt werden, da durch Art. 141 E.-G. z. B. G.-B. nichts an dem allgemeinen Grundsatze[3]) geändert werden sollte, dass, soweit keine reichsgesetzlichen Bestimmungen vorhanden sind, das ganze Beurkundungswesen, also auch die Erlassung von Bestimmungen über die Zuständigkeit, dem Landesrechte angehören solle[4]).

[1]) Die auf weitergehende Beurkundung abzielenden Anträge wurden zurückgewiesen. Prot. V, S. 439 f.

[2]) Ebenso Planck, Riezler zu § 128, Staub H.-G.-B. § 350 Anm. 47. Wohl unzutreffend Hölder zu § 128, Müller-Meikel § 44, welche im Zweifel Beurkundung unter gleichzeitiger Anwesenheit für erforderlich erklären.

[3]) Mot. zu Art. 141 E.-G. B. G.-B., S. 234; Mot. I., S 186; Prot VI., S. 456 f. Diesen allgemeinen Grundsatz stiess auch nicht das G.-F.-G. um, das keine erschöpfende Regelung des Beurkundungswesens treffen wollte.

[4]) Ähnlich Schneider, Vorbem. 1 d u. 3 a zum 10. Abschnitt; Dorner, S. 559. Ohne Begründung auch Dernburg I., S. 418.

Noch besser rechtfertigt sich u. E. die Zulässigkeit ausschliesslicher landesgesetzlicher Zuständigkeitsbestimmung bezüglich der von anderen Reichsgesetzen geforderten gerichtlichen oder notariellen Beurkundung durch § 200 G.-F.-G. Da das G.-F.-G. nicht von dem Kodifikationsprinzip beherrscht ist, und die Landesgesetze allgemeine Vorschriften zur Ergänzung und Ausführung des G.-F.-G. erlassen können, sind sie auf Grund des § 200 G.-F.-G. befugt, soweit ausser dem B. G.-B. andere Reichsgesetze gerichtliche oder notarielle Beurkundung verlangen, entweder ausschliesslich die ersteren oder die letzteren für zuständig zu erklären.

Auf eine der beiden angeführten Begründungen hat offenbar das bayerische Ausführungsgesetz seinen Art 167 Ziff. 1 gestützt, welcher die Zuständigkeit der bayerischen Amtsgerichte für Beurkundungen ausgeschlossen hat, die nach den Vorschriften „der Reichsgesetze" durch ein Gericht oder einen Notar zu bewirken sind.

Oertmann[1]) will die Ausdehnung des Art. 141 E.-G. z. B. G.-B. auf alle Fälle, in denen sonstige Reichsgesetze gerichtliche oder notarielle Beurkundung fordern, auf § 189 und den nur die öffentliche Beglaubigung und die öffentlichen Urkunden der §§ 1718 und 1720 B. G.-B. betreffenden § 191 G.-F.-G. stützen. Allein nach dem Kommissionsberichte und der Denkschrift[2]) zum Entwurfe des G.-F.-G. sollte § 189 G.-F.-G. nur besagen, dass die durch das E.-G. z. B. G.-B. zu Gunsten der Landesgesetze für das materielle Recht gemachten Vorbehalte auch für die dasselbe betreffenden Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelten sollen. Da Art. 141 E.-G. z. B. G.-B. keinen das materielle Recht betreffenden Vorbehalt zu Gunsten der Landesgesetze enthält, wollte § 189 G.-F.-G. das Anwendungsgebiet des Art. 141 E.-G. z. B. G.-B. nicht erweitern und wollte und konnte den Landesgesetzen über das Gebiet des B. G.-B. hinaus nicht die Befugnis einräumen, nur die Gerichte oder Notare zuständig zu machen.

Art. 141 E.-G. z. B. G.-B. ist auch auf diejenigen Formvorschriften anzuwenden, die neben gerichtlicher oder notarieller Beurkundung für das betreffende Rechtsgeschäft noch eine andere Form für genügend erklären[3]). Denn wenn auch die Parteien die Wahl zwischen mehreren Formen haben, so hört die alternative gerichtliche oder notarielle Beurkundung doch nicht auf, vom Gesetz vorgeschrieben zu sein; wählen die Parteien diese Form, so folgen sie nur dem gesetzlichen Befehl,

---

[1]) Oertmann, bayerisches Landesprivatrecht, § 34.

[2]) Vgl. Reichsgesetz über die Angelegenheiten d. freiwilligen Gerichtsbarkeit mit den Materialien in Heymanns Verlag, Berlin 1898, S. 153, 288, 312

[3]) §§ 81 Abs. 2, 126 Abs 3, 129 Abs. 2, 873 Abs 2, 877, 880 Abs. 1, 1154. Planck, Anm. 11 zu Art 141. A. M. Oertmann a. a. O, S. 132.

entweder eine oder die andere Form des einer gesetzlich-alternativen Form bedürfenden Geschäftes zu erfüllen. Auch für diese Rechtsgeschäfte kann auf Grund des Art. 141 E.-G. z. B. G.-B. die Zuständigkeit der Gerichte oder der Notare durch Landesgesetz ausgeschlossen werden.

Das G.-F.-G. unterscheidet bei der Regelung der notariellen und gerichtlichen Beurkundung von Rechtsgeschäften zwischen Beteiligten d. h. Personen, deren Erklärungen beurkundet werden sollen[1]) (§ 168 G.-F.-G.) und Mitwirkenden. Zu ihnen zählen der beurkundende Richter und Notar, der Gerichtsschreiber, Protokollführer, Dolmetscher und die Zeugen. Diese Personen haben „bei der Beurkundung" (§ 168 f. G.-F.-G.), also bei der Errichtung des Rechtsgeschäftes als eines formellen mitzuwirken. Zeuge im Sinne des § 170 G.-F.-G. ist daher nicht der Erkennungszeuge, der den Nachweis der Identität eines Beteiligten nach § 170 G.-F.-G. führt. Er wirkt nicht „bei der Beurkundung" mit, seine Rolle ist schon vor der Beurkundung ausgespielt[2]).

In § 170—173 werden die Ausschliessungsgründe für die mitwirkenden Personen mit den verschieden gearteten Folgen der Nichtbeobachtung geregelt.

Gewöhnlich genügt die Mitwirkung des Richters oder Notars. Nur in vier Ausnahmefällen haben noch weitere Personen mitzuwirken.

1. Es hat der Richter einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuzuziehen, wenn ein Beteiligter nach der Überzeugung des Richters oder Notars taub, blind, stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist. Ob die weiteren Mitwirkenden zuzuziehen sind, hängt lediglich von der Überzeugung des Urkundbeamten ab, dass ein Beteiligter an einem der genannten Gebrechen leide. Hat er diese Überzeugung trotz des Vorhandenseins der Gebrechen nicht gewonnen, so ist die ohne Zuziehung weiterer Mitwirkenden bestätigte Beurkundung gleichwohl giltig. Hat dagegen die Urkundperson die Überzeugung von dem Vorhandensein der Gebrechen gewonnen und zieht sie die weiteren Mitwirkenden bei der Beurkundung zu, so schadet dies der Giltigkeit der Beurkundung auch dann nicht, wenn die Überzeugung nicht der Wahrheit entsprach (§ 169 G.-F.-G.)

[1]) „Die Partei, in deren Angelegenheit oder in deren Namen die Erklärung abgegeben wird, ist hienach nicht unter jenem Ausdruck inbegriffen, vielmehr gilt, wenn jemand für die Abgabe einer Erklärung einen Vertreter bestellt, der letztere und nicht der Vertretene als Beteiligter." Denkschrift z. G.-F.-G., S. 145, in Heymanns Verlag. Nur hinsichtlich der Ausschliessungsgründe des § 170 Nr. 1 und § 171 gilt der Vertretene als Beteiligter.

[2]) Ähnlich Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, Bd. II., S. 33; R.-G. im „Recht", Bd. V., S. 387.

2. Es ist bei der Vorlesung und Genehmigung ein Zeuge zuzuziehen, wenn ein Beteiligter erklärt, dass er nicht schreiben könne. Im Protokoll muss diese Erklärung festgestellt werden. Feststellung der Schreibensunfähigkeit genügt nicht. Während in dem entsprechenden § 2242 Abs. 2 B. G.-B. die Feststellung die Unterschrift ersetzt, ist nach § 177 G.-F.-G. ausserdem der Schreibzeuge zuzuziehen. Diese Zuziehung ist erforderlich in den Fällen unter 1 und wenn sonst ein Gerichtsschreiber oder zweiter Notar z. B. auf grund landesgesetzlicher Anordnung oder auf Wunsch eines Beteiligten unter Einwilligung der Urkundperson zugezogen wird (§ 177 G.-F.-G., Abs. 2).

3. Ist bei der Beurkundung ein vereideter Dolmetscher zuzuziehen, wenn nach der Überzeugung des Richters oder Notars ein Beteiligter stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist und eine schriftliche Verständigung mit ihm nicht möglich ist. Auch hier genügt nicht die Feststellung der Tatsache im Protokoll, dass ein Beteiligter am Sprechen verhindert und eine schriftliche Verständigung mit ihm unmöglich sei, sondern es ist festzusellen, dass der Richter eine dahingehende Überzeugung gewonnen habe. Eine Feststellung der ersten Art würde die Beurkundung als öffentliche nichtig machen. Ob sie bei Beurkundung gesetzlich nicht formeller Rechtsgeschäfte als Privaturkunde gelten soll, hängt von dem Willen der Parteien im einzelnen Falle ab. Wie sie auf gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bestehen bleiben und dieselbe nunmehr formell richtig vornehmen lassen können, können sie sich auch mit der ersten formell verfehlten gerichtlichen oder notariellen Urkunde als einer einfachen schriftlichen begnügen, d. h. durch Vereinbarung die erste Formberedung aufheben und eine andere an ihre Stelle setzen (§ 178 G.-F.-G.).

4. Muss bei der Beurkundung ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden, wenn ein Beteiligter erklärt, er sei der deutschen Sprache nicht mächtig. Jedoch hat die Unterlassung der Zuziehung nicht die Nichtigkeit der Beurkundung zur Folge auch wenn der Richter oder Notar der fremden Sprache nicht fähig ist (§ 179 G.-F.-G.). Während nach dem Entwurfe des G.-F.-G. die Überzeugung des Urkundbeamten für die Zuziehung des Dolmetschers massgebend war, muss dieser nach dem Gesetze schon auf Grund der blossen Erklärung eines Beteiligten zugezogen werden. Diese erst auf sozialdemokratischen Antrag aufgenommene Änderung sollte dem Richter das Recht der Prüfung, ob der Beteiligte der deutschen Sprache mächtig sei, entziehen, weil man Übergriffe der auf den Gebrauch der deutschen Sprache vor Gericht allzueifrig bedachten Richter und Notare gegenüber der ausländisch, insbesondere der polnisch redenden Bevölkerung ausschliessen wollte. Da aber der Antrag nur bezwecken

wollte, lediglich dem das Recht auf Zuziehung eines Dolmetschers zu gewähren, der zwar die einfache deutsche Umgangssprache, nicht aber auch die Amtssprache des gebildeten Richters versteht[1]), und da ferner der Richter oder Notar eine Pflichtwidrigkeit begehen würde, wollte er beurkunden, der Beteiligte sei der deutschen Sprache nicht mächtig, während er nach Überzeugung der Urkundsperson die deutsche Sprache ganz beherrscht, so kann sie in diesem Falle die Beurkundung ablehnen[2]).

Versehentlich blieb in Abs. 3 des § 179 stehen: „Im Protokoll muss festgestellt werden, dass der Beteiligte der deutschen Sprache nicht mächtig ist". Jedoch wird man, da nach Abs. 1 die Erklärung die Zuziehung des Dolmetschers notwendig macht, und eine dem Abs. 1 entsprechende Änderung des Abs. 3 nur übersehen wurde, eine Beurkundung nicht als nichtig ansehen können, in der festgestellt ist, der Beteiligte habe erklärt, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein.

Wesentlich ist die Aufnahme eines in deutscher Sprache abgefassten Protokolls. Über die Erfordernisse der einfachen gesetzlichen Schriftform hinausgehend schreibt § 176 G.-F.-G. bei Meidung der Nichtigkeit das Erfordernis der Angabe von Ort und Tag der Verhandlung, der Bezeichnung der Beteiligten und Mitwirkenden, der Aufnahme der Erklärung der Beteiligten vor. „Im Protokoll" ist der amtierende Notar bezeichnet, auch wenn sein Name nicht im Protokoll verzeichnet, d. h. in der nur die Erklärung der Beteiligten enthaltenden, von ihnen noch nicht unterzeichneten Schrift enthalten ist und nur im Protokoll auf „den unterzeichneten Notar" verwiesen wird. Blosse Unterschrift des Notars ohne Verweisung im Text wird nicht genügen[3]).

Die Beteiligten können in ihrer Erklärung auf eine Schrift Bezug nehmen; diese bildet, wenn sie dem Protokoll als Anlage beigefügt wird, einen Teil des Protokolls (§ 176 Abs. 2). Da dieses von den Beteiligten eigenhändig zu unterschreiben ist, ist eine besondere Unterschrift der nur einen Teil des Protokolls bildenden Anlage nicht erforderlich. Als Bestandteil des Protokolls ist die Schrift nach § 176 Abs. 2 mit § 177 Satz 1 vorzulesen und zu genehmigen[4]). Vor der

---

[1]) G.-F.-G. (Heymannsche Ausgabe), S. 380, 390

[2]) Dernburg I., S 417; Birkenbihl Anm. 6, Rausnitz Anm. 4 zu § 179.

[3]) R.-G 18. XI 1901.

[4]) Vgl Schneider S. 267, Dorner S. 581, Rausnitz § 176, Note 17 u. 18. Abweichend „Recht", Bd 6, S. 98 Allein der Verfasser des dortigen Artikels legt den § 176 Abs 2 gewaltsam aus, von dem Bestreben geleitet, die Vorschriften des G -F.-G. in vollständige Übereinstimmung zu bringen mit dem für Testamente giltigen § 2238 B G.-B. Das G -F.-G. regelt die gerichtliche und notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften unter Lebenden, unabhängig von den Vorschriften des B G -B über Errichtung von Testamenten und Erbverträgen. § 168 G -F.-G.

Unterzeichnung hat die Vorlesung und Genehmigung des die Erklärungen der Beteiligten enthaltenden Protokolls zu erfolgen. Es sind daher bei dieser Form Blankozeichnungen ungiltig, sie vernichten die öffentliche Beurkundung. Die gleiche Wirkung hätte eine vor der Unterzeichnung der Beteiligten erfolgende Unterzeichnung durch die mitwirkenden Parteien, denn diese enthält eine Bestätigung der ordnungsmässigen Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung seitens der Beteiligten. Der Unterzeichnung durch die Beteiligten, denen auf Verlangen das Protokoll zur Durchsicht vorgelegt werden soll, folgt nun die Feststellung, dass das Protokoll — und auch die als Bestandteil desselben geltende Anlage — vorgelesen, genehmigt und unterschrieben ist. Die mitwirkenden Personen, zu denen der Erkennungszeuge nicht zählt, müssen nach § 174 bei der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung zugegen sein und haben schliesslich das Protokoll zu unterschreiben. Eine dahingehende Feststellung ist nicht gefordert.

Die eben erläuterten Vorschriften des § 177 sind auch in den Fällen der schon erörterten §§ 178, 179 zu erfüllen, da letztere den § 177 nur ergänzen. Es ist daher z. B. das in deutscher Sprache gefasste Protokoll über Erklärungen einer der deutschen Sprache nicht mächtigen Person nicht nur nach § 179 in fremder, sondern auch nach § 177 in deutscher Sprache vorzulesen.

Die Vorschriften des G.-F.-G. über die gerichtliche und notarielle Beurkundung können nach § 200 durch die Landesgesetze ergänzt und ausgeführt werden, jedoch nicht mit der Folge, dass die Nichtbeobachtung der Landesgesetze die Beurkundung nichtig machen könnte[1]).

§ 13. Die öffentliche Beglaubigung.

Der wesentliche Unterschied zwischen gerichtlicher oder notarieller Beurkundung und öffentlicher Beglaubigung besteht darin, dass erstere ein Zeugnis darüber enthält, dass der zu beurkundende Vorgang vom Gerichte oder Notar wahrgenommen wurde, während bei letzterer sich das Zeugnis nur auf die Unterschrift bezieht.

Gegenstand der öffentlichen Beglaubigung, durch welche nicht die ganze Urkunde die Natur einer öffentlichen i. S. der §§ 1718, 1720 B. G.-B. erhält[2]), ist also nur die Unterschrift, bezüglich deren das Gericht oder der Notar bezeugt, es habe eine gegenwärtige[3]) Person ihre Unterschrift unter eine schriftliche Erklärung gesetzt, oder sie habe sich zu dieser Unterschrift bekannt. Entspricht die Anerkennung

[1]) Ausnahme: Die Verletzung landesgesetzlicher Vorschrifren über die sachliche Zuständigkeit macht die Beurkundung, wenn es das Landesgesetz befiehlt, nichtig.

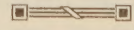
[2]) Zweifelnd nur Tränkner a. a. O., S. 10.

[3]) G.-F.-G. § 183. Schriftliche oder durch einen Bevollmächtigten erfolgende Anerkennung ist daher ausgeschlossen.

der Unterschrift als von der erklärenden Person herrührend nicht der Wahrheit, so schadet dies der Giltigkeit der Form nichts[1]). Die öffentliche Beglaubigung der Unterschrift setzt nach § 129 B. G.-B. schriftliche Abfassung der Erklärung voraus. Es wäre daher eine Beglaubigung der Unterschrift auf einem leeren Blatt, wie sie die §§ 12, 53 H.-G.-B. gestatten, keine dem § 129 B. G.-B. entsprechende, da letztere nicht nur das Zeugnis enthalten darf, dass eine Person in Gegenwart der Urkundsperson ihren Namen auf ein leeres Blatt gesetzt habe. Da die Beglaubigung bekundet, dass der Erklärende seine Unterschrift gerade unter diese bestimmt abgefasste, konkrete Erklärung gesetzt habe, sind nachträglich in den Text der Erklärung eingefügte Bemerkungen und unter den Beglaubigungsvermerk gesetzte Nachträge nicht als öffentlich beglaubigt anzusehen[2]).

Was die Form der Beglaubigung selbst betrifft, so erübrigt sich die Aufnahme eines besonderen Protokolls nach dem G.-F.-G., es genügt nach § 183 Abs. 2 G.-F.-G. die Beglaubigung durch einen unter die Unterschrift zu setzenden Vermerk, der die Bezeichnung des Erklärenden, den Ort und Tag der Ausstellung anzugeben hat und mit Unterschrift und Siegel oder Stempel versehen sein muss. Wenn auch die Beglaubigung ein Zeugnis mit dem schon bezeichneten Inhalt ist, so muss doch nicht im Beglaubigungsvermerk ausdrücklich beurkundet werden, dass die Unterschrift in Gegenwart der Urkundsperson vollzogen oder anerkannt wurde. Der Gesetzgeber wollte den Beglaubigungsvermerk möglichst einfach gestalten, um Verfehlungen formaler Natur nach Kräften auszuschliessen.

Hinsichtlich der weiteren Ausgestaltung der Form und der in § 167 Abs. 2 G.-F.-G. nicht erschöpfend geregelten Zuständigkeitsnormierung können nach § 200, 191 G.-F.-G. die Landesgesetze ergänzend eingreifen, insbesondere bezüglich des Verfahrens mit Stummen, Sprachfremden, der Kenntnisnahme der Urkundsperson von dem Inhalt der zu beglaubigenden Erklärung, der Ausschliessungsgründe des Notars, Richters, da die Vorschriften über die Ausschliessungsgründe im G.-F.-G. sich nur auf die gerichtliche und notarielle Beurkundung, nicht auch auf die Beglaubigung beziehen.



[1]) Hölder zu § 129; Schneider, G.-F.-G. zu § 183, Anm 3.

[2]) Ebenso Planck, Riezler zu § 129 B.-G.-B. A. M. Weissler in d. deutschen Juristenzeitung 1902, S. 261, mit der Begründung, dass die Unterschrift die ganze Urkunde, die Beglaubigung aber die Unterschrift decke, somit die gesamte Urkunde, auch der nachträgliche Einschub durch die beglaubigte Unterschrift gedeckt sei. Allein Weissler vergisst, dass § 129 schriftliche Abfassung der ganzen Erklärung vor der Beglaubigung voraussetzt.